

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO (ART. 22.4 CP): ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

MARIA JOSÉ CUENCA GARCÍA

Profesora Agregada de Derecho Penal

La reforma del Código Penal de 2015 incorpora al art. 22.4 CP la circunstancia agravante de discriminación por razón de género. Su interpretación condiciona su ámbito de aplicación. Por ello, en este trabajo analizo doctrinal y jurisprudencialmente esta nueva circunstancia desde dos perspectivas: a partir de la regulación contenida en la Ley Integral contra la violencia de género de 2004 y a partir de lo recogido en el Convenio de Estambul de 2011. Como se verá, las conclusiones son distintas en función de la norma de referencia.

1. A PARTIR DE LA LO 1/2004 DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.1. La prueba del trato discriminatorio.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recoge que ésta “*se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia 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 de decisión*”¹. En su art. 1.1 se delimita el concepto de violencia de género al establecer 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*”.

De manera que, el fundamento material de la regulación de la violencia de género reside, como destaca LAURENZO COPELLO “en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima”. Aquí, el Derecho penal parte “del reconocimiento de que la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina”, aunque ello no significa que el hombre también pueda ser víctima de agresiones por parte de su pareja. Ahora bien, como la autora apunta “la diferencia reside en que, en el caso de la mujer, a ese riesgo genérico de sufrir agresiones de la persona con la que se entabla una relación particularmente intensa –sea cual fuere su sexo-, se añade un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el

¹ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29/12/2004.

reparto de roles sociales que coloca a las mujeres –como colectivo, como “género”- en una posición subordinada y dependiente del varón”².

De este modo, y en atención al principio de legalidad, el concepto de violencia de género que comprende la Ley Integral es aquella en la que el sujeto activo de la misma debe ser un hombre, el sujeto pasivo debe ser una mujer, exigiendo que entre ambos exista o haya existido un vínculo matrimonial o haber estado ligados por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia. Asimismo, dicha violencia debe ser manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, la regulación penal, así el art. 153.1 CP³ omite toda referencia a la situación de desigualdad, dominación y relación de poder del hombre sobre la mujer, características que configuran a la violencia ejercida como “*violencia de género*”. Ello no es baladí, pues como aquí apuntaré tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha discutido sobre si debe exigirse ese elemento intencional o, por el contrario, el tipo se aplica de manera automática cuando el hombre agrede a la mujer, pareja o expareja, aun sin convivencia.

En este último sentido se recoge en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005⁴ al señalar que “la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor”. En esta línea se pronuncian, entre otras, la STS 807/2010, de 30 de septiembre, que descarta la exigencia de elemento subjetivo adicional al poner de relieve que el art. 153 CP “*depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia (...) están perfectamente acreditados (...). Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta*”⁵.

² LAURENZO COPELLO, Patricia, “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 2, Bilbao, 2005, p. 111. En el mismo sentido FARALDO CABANA (“Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 86) al señalar que, aunque la expresión “violencia de género” pueda ser un “barbarismo”, tiene la ventaja de poner “el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumentos para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre”. Vid., asimismo, ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, pp. 74 y ss.

³ El art. 153.1 CP dispone: “*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (...)*”.

⁴ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 1075.

⁵ En este sentido SÁNCHEZ YLLERA (“Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)”, *Diario La Ley*, núm. 8158, 2013, p. 3) al señalar que “Para la Ley, la dominación masculina no ha de ser probada en cada caso de violencia intrafamiliar porque aún hoy, es una realidad social que

En sentido contrario se pronuncia la STS 58/2008, de 25 de enero, al señalar que “(...) *ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género*”. La aplicación ha de depender, entonces, de que realmente haya *violencia de género*, esto es, se produzca en un contexto machista. Así, la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, considera que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género castigada por el art. 153.1 CP –en todo caso, podría tratarse como violencia doméstica- sino solamente cuando el hecho “sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer (...)”⁶. Por su parte, RAMON RIBAS, en aras a una aplicación prudente de la Ley penal exige “no identificar toda violencia ejercida por el hombre sobre la pareja como un acto de violencia de género”. En base a ello, considera que los tipos penales reformados a partir de la Ley Integral -arts. 147-148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP- en contra del parecer judicial mayoritario, deben leerse “añadiendo a su tenor literal el contenido del art. 1.1 de la LO 1/2004, sin que sea suficiente, en consecuencia, la presencia de cualquier acto violento, pues éste deberá ser adjetivado como de *género*”⁷. De manera crítica, también, a MANJÓN-CABEZA no le parece correcta su aplicación automática “por razón del sexo de los sujetos y de su relación pasada o presente”, pero la Ley, señala, no ha introducido en el Código Penal “tipos más graves por razón de género, aplicables sólo cuando la situación de dominio o discriminación quedase acreditada”. Entiende que lo correcto hubiese sido que la decisión quedase “en manos del Juez y caso por caso”, pero lo que dice la Ley y el Tribunal Constitucional es todo lo contrario⁸. Frente a estos posicionamientos, DE LA CUESTA AGUADO advierte de las dificultades de probar “cualquier elemento subjetivo del injusto, incluido el dolo”. Por ello, en muchas ocasiones cuando el tipo o la jurisprudencia lo exige “se prescinde de la

afecta al colectivo femenino y se manifiesta en cada acto de violencia (...). De ahí la existencia de un tipo penal agravado y la no exigencia en el tipo penal de un elemento intencional específico”. Asimismo, MUÑOZ COMPANY (“Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación reciente”, porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=502, p. 11) entiende que no debe ser exigido ese elemento adicional puesto que “el hecho de que se hable de que esa violencia haya de ser manifestación de la discriminación, desigualdad o situaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, no significa que ello pase a formar un elemento específico que deba concurrir en el sujeto activo y que deba ser probado por las acusaciones”. Esto es, nos encontramos ante un contexto de desigualdad objetivo, sin necesidad de probar ese ánimo específico. En sentido similar, ROIG TORRES (“La delimitación de la “violencia de género”: un concepto espinoso”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 302, 311) al señalar que en el juicio penal no es necesario constatar “que el autor obró con esa intención de subyugar a la mujer”. En esta última cita se realiza un exhaustivo análisis del elemento discriminatorio a partir de los pronunciamientos de las Audiencias, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

⁶ CUENCA GARCÍA, M^a José, “La violencia en el ámbito familiar: historia y actualidad”, *La docencia del Derecho con perspectiva de género*, Espuny Tomás, M^a Jesús-Zapater Duque, Esther (Coords.), Dykinson, 2018, p. 162. En el mismo sentido MAGRO SERVET, Vicente, “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género”, *La Ley Penal*, núm. 104, 2013, SP.

⁷ RAMON RIBAS, Eduardo, *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 159-160 y 119 y ss. Del mismo, “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, P. 432.

⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Violencia de género y doméstica”, *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, Álvarez García, Francisco Javier (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 509 a 511.

prueba de dicho elemento y se deduce o presume a partir de ciertos elementos objetivos; razón por la que no es una solución satisfactoria”⁹.

En este punto cabe destacar el análisis que GARCÍA ARÁN realiza de la STC 59/2008, de 14 de mayo¹⁰, pues aunque el Tribunal Constitucional no considera exigible ese elemento intencional para mantener la constitucionalidad de la norma, al afirmar que “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo- 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”¹¹, la autora se cuestiona “si tal presunción de violencia de género es una presunción *iuris tantum*, que admita prueba en contrario, o bien, *iuris et de iure*”. Llega a la conclusión que el art. 153.1 CP contiene una presunción de violencia de género *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada “en la consideración del caso concreto a través de la atenuación facultativa del número 4 del mismo artículo”¹². Ahora bien, señala que el primer inconveniente a esta interpretación vendrá de los partidarios de las tesis que consideran que toda agresión del hombre a su pareja o expareja es violencia de género, pues no la compartirán y, el segundo inconveniente, pero quizás más relevante, lo sitúa en el ámbito jurisdiccional, al colocar “al juez en una posición difícilísima en la que cualquier decisión que adopte será objeto de controversia”. Como destaca esta autora, “la violencia de género, o se presume, o se valora caso por caso. Lo primero, resulta injustamente igualador y lo segundo extraordinariamente complicado, opinable y generador de inseguridad jurídica”¹³.

En este último sentido se pronuncia MAQUEDA ABREU, al señalar que no es de extrañar que “buena parte de los tribunales hayan renunciado a exigir la prueba de un requisito que se ha evidenciado tan invasivo y tan inseguro al mismo tiempo”¹⁴. Ahora bien, esa línea “objetivista” parecía haberse mostrado más flexible a partir de la STS 856/2014, de 26 de diciembre, seguramente, como destaca esta autora, para poder “dejar abierto un resquicio para casos excepcionales”¹⁵. Así, en la citada sentencia la motivación machista se presume si no hay prueba en contrario, aplicándose la agravación por violencia de género, exceptuando los casos en los que conste que el episodio de violencia es ajeno a esa concepción y que la agresión y lesión causada por el

⁹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “Machismo y violencia. El concepto de “violencia de género” penal”, *Violencia de Género y Justicia*, Castillejo Manzanares, Raquel (Dir.), Santiago de Compostela, 2013, p. 63.

¹⁰ Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008.

¹¹ Fundamento Jurídico 9.

¹² GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer)”, *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 664. En el mismo sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Violencia de género (...)”, p. 520. El apartado 4 del art. 153 CP dispone: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

¹³ GARCÍA ARÁN, “Injusto individual (...)”, pp. 664 a 668.

¹⁴ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, AA.VV., Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 705.

¹⁵ MAQUEDA ABREU, “¿Necesitan un móvil (...)”, p. 706, nota 7.

hombre no es expresión de una situación de dominación hacia la mujer colocando a ésta en una situación de inferioridad y subordinación¹⁶.

Ahora bien, como acabo de señalar, sí que parecía haberse mostrado más sensible, pero sólo era eso, ya que la reciente STS 677/2018, de 20 de diciembre, no deja ningún resquicio para el caso excepcional que enjuicia. Así, en un caso de agresión mutua¹⁷, en el que la pareja era absuelta en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, al considerar que no había intención de dominación o machismo y, por lo tanto, no concurría la violencia de género, posteriormente el Tribunal Supremo condena al hombre por violencia de género –art. 153.1 CP- y a la mujer por violencia familiar –art. 153.2 CP. Aquí, el TS destaca que *“no se requiere la concurrencia de un dolo específico más allá de la acción material de maltrato o, al menos, no es exigible un elemento subjetivo del injusto como parece predicar la sentencia de apelación cuando afirma que en las agresiones recíprocas no está presente una posición de dominio, desigualdad o discriminación”*; de manera que, sostiene el Tribunal, si queda acreditada la relación de pareja y *“que las agresiones se enmarcan en el seno de una discusión surgida en el contexto de esa relación, por más nimia o trivial que pudiera parecer en su origen, no existe razón legal alguna (...) para dejar de aplicar el art. 153.1 del Código Penal (...)”*.

La sentencia cuenta con un Voto Particular¹⁸ en el que se señala que, aunque el tipo del art. 153.1 CP incorpora *“un elemento implícito consistente en el contexto de dominación (...)”*, éste no constituye un elemento subjetivo del injusto, no se trata *“de acreditar que el varón pretenda o desee dominar, humillar o subordinar a la mujer”*. El Magistrado entiende *“que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco de relación caracterizado por esa dominación”*¹⁹. De manera que, destaca que en la narración de los hechos probados no se contiene los elementos para entender que la agresión del hombre a la mujer se produce *“en el marco de una relación de dominación, humillación o subordinación de esta última respecto de aquel”*; considerando que con la decisión adoptada por el Pleno se ha perdido *“una oportunidad de interpretar y aplicar la protección de la mujer contra la violencia de género (...) dentro de sus auténticos límites”*. Asimismo, entiende vulnerado el principio de culpabilidad al responder el acusado *“de modo automático y mecánico de una característica de la conducta”*, que no se ha probado en

¹⁶ CUENCA GARCÍA, “La violencia en el ámbito familiar (...)”, p. 162.

¹⁷ Hechos probados de la STS 677/2018: *“Queda acreditado que los encausados, Pablo Jesús y Palmira, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban en la c/dirección 001 junto a la discoteca (...), en un momento determinado se inicio una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro”*.

¹⁸ Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Alberto Jorge Barreiro y Excmo. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz, a la Sentencia de Pleno de la Sala en el Recurso nº 1388/2018.

¹⁹ En opinión del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, que destaca, resulta minoritaria, *“el artículo 153.1 se refiere solamente a la violencia de género”*. Existirá ésta *“cuando la agresión (la violencia) tenga lugar en el marco de las relaciones de pareja, actuales o ya finalizadas, y cuando se produzca dentro de una pauta cultural, que puede identificarse como un contexto de dominación, en el que se atribuyen a la mujer unos roles personales y sociales que la sitúan en una posición de inferioridad y subordinación respecto a su pareja o expareja masculina, que con su actitud y forma de comportarse la cosifica tratándola como un objeto de su propiedad, incapaz como ser humano de adoptar decisiones libres que deban ser respetadas”*.

el caso y resulta “*necesaria para justificar la desigualdad de trato*”. Concluye que, en este caso, debía haberse aplicado, a ambos acusados, el tipo del art. 153.2 CP y, además, en aras a imponer una pena más proporcionada, por la escasa gravedad de los hechos, debería haberse impuesto, conforme al art. 153.4 CP, la pena inferior en grado. Solución esta última que ya apuntaba GARCÍA ARÁN al considerar, como en este Voto Particular se recoge, que la presunción de violencia de género no es *iuris et de iure* sino *iuris tantum*²⁰.

Llegado a este punto, la cuestión es determinar si la nueva agravante de discriminación por razones de género del art. 22.4 CP²¹ requiere, o no, la prueba de ese trato discriminatorio, esto es, que el delito se cometa como acto de dominio y superioridad.

En principio, es doctrina pacífica, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben de estar acreditadas como el mismo hecho delictivo, añadiendo al mismo un incremento de injusto o una mayor culpabilidad del autor²². La mayoría de la doctrina, así como la jurisprudencia, considera que actuar por móviles discriminatorios “supone una mayor gravedad de la culpabilidad”, esto es, supone un mayor reproche al autor. No obstante, cabe señalar que no existe un posicionamiento doctrinal unánime en cuanto a su naturaleza, fundamento y elementos, en el que no me detendré en el presente trabajo, puesto que su análisis supondría alejarse del objeto del mismo²³.

De manera que, como señala ACALE SÁNCHEZ, para evitar “el automatismo indeseado de su aplicación” deberán probarse los elementos objetivos y subjetivos de la circunstancia²⁴. Esto es, para poder apreciar esta circunstancia discriminatoria debe realizarse, como apunta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “un estudio minucioso que permita deducir de los actos externos que el hecho se comete, por ese motivo de género”²⁵. En este sentido lo recogen los tribunales al afirmar que “*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, ha de*

²⁰ GARCÍA ARÁN, “Injusto individual (...)”, p. 664.

²¹ El art. 22 dispone que “*Son circunstancias agravantes (...) 4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a (...) razones de género (...)*”. Este apartado figura redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo), con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 453 y ss.

²³ Vid., por todos, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 176 y ss.

²⁴ ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho penal y violencia de género: ¿un nuevo cambio de paradigma?”, *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Martín Sánchez, María (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 421. En el mismo sentido, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Bárbara, “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 338.

²⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, p. 15.

considerarse que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad de aquél, o lo que es lo mismo, que debe quedar fehacientemente acreditado que el autor no sólo quiso detener ilegalmente y lesionar a su ex compañera sentimental, sino también que cometió ambos ilícitos por razones de género, o en otras palabras, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental. Lo anterior significa que deberán imputarse por las Acusaciones y probarse por ellas, una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera, sin duda alguna, que el autor actuó por ese motivo discriminatorio, ya que el art. 22.4ª CP, claramente hace referencia a que debe existir ese motivo para la comisión del concreto delito de que se trate (...)”²⁶.

Así, entre algunas de las sentencias que aprecian la agravante²⁷, la SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero, al señalar que *“estamos indudablemente en presencia de un crimen machista, de violencia de género acreditándose esta intencionalidad a través de muchos datos, por ejemplo, que el acusado había sido condenado previamente por un delito de violencia de género, amenazas (...). La prueba testifical practicada (...) pone de manifiesto este carácter machista y execrable del crimen cometido, pues afirman que Martín era violento y agresivo con Milagrosa, la amenazaba, por ello fue condenado según declara probado el TJ a la vista de la documental obrante en las actuaciones, sentencia firme del Juzgado de Violencia de Género, dos meses antes del asesinato, la llamaba con frecuencia por teléfono incumpliendo de esta manera la prohibición judicial impuesta en la citada resolución (...). Ambos testigos, en fin, según relataron en el acto del juicio, estuvieron presentes (o escucharon) en diversos episodios donde se pone de manifiesto el fundamento de la agravante que estamos analizando (estaba agresivo con Milagrosa, no aceptaba la ruptura, no le dejaba hacer una vida independiente de él, etc.), afirman dichos testigos que conocían a ambos protagonistas y los habían tratado, especialmente Avelino, responsable de una casa de acogida para personas desvalidas como Milagrosa a la que había ayudado en diversas ocasiones. En el mismo sentido el padre de la víctima cuando afirmó que dos meses antes de la muerte Milagrosa le dijo que Martín le pegaba. No hay duda, pues, de la concurrencia de dicha agravante de género”*.

En la SAP de Vizcaya, 34/2018, de 26 de abril, para probar el control económico que ejercía sobre la víctima, se puso de relieve el carácter celoso y coercitivo del autor y su no aceptación de la ruptura del matrimonio. Se consideró probado que los hechos cometidos *“están relacionados con la condición de mujer que tenía Inocencia, esto es, en el seno de una relación tendente por el hombre a expresar el dominio, control y trato a la mujer como ser inferior”*. Todo ello se manifiesta en el control de los ingresos que realizaba el acusado durante el matrimonio y después tras la separación, el control de las redes sociales de ella, el acoso a Inocencia por wasshap, etc. De todos estos hechos *“se desprende una específica motivación del acusado, que no aceptó la ruptura de la relación y que reaccionó causando la muerte de su exmujer, en particular cuando ve que ella persiste en continuar su vida con independencia, manteniéndose firme en la decisión tomada y cuando se atisba por el acusado la posibilidad de que Inocencia pueda querer rehacer su vida, estando ya fuera de su control y dominio la vida que pudiese llevar Inocencia”*.

²⁶ Sentencia 559/2017, de 18 de septiembre de la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid.

²⁷ Vid. entre otras, SAP de Cuenca 4/2018, de 6 de febrero; SAP de Valladolid 175/2017, de la Sección 2, de 29 de mayo; SAP de Asturias 69/2018, de 9 de marzo; SAP de Castellón 46/2018 de 12 de febrero. Sentencias analizadas por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial-Octubre 2018, pp. 59 y ss.

En la SAP de Valencia, 251/2018, de 7 de mayo, el condenado no había asumido la decisión de su pareja de poner fin a su relación sentimental *“y ello fue lo que le llevó a perpetrar la acción, al no consentir que como mujer llevara una vida independiente”*. Otros indicios de la violencia de género que aparecen en los hechos probados y que sufría la víctima eran: que su pareja le gritaba, la acosaba, la maltrataba, *“tenía miedo”* y, *“aun cuando había dejado la relación con el acusado (...) éste la llamaba continuamente y la perseguía”*.

Y, por último, en la SAP de Asturias, 18/2017, de 20 de enero, se considera la concurrencia de la agravante por razones de género, señalando que al fundamentarse en *“la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito”*, es decisivo *“que se acredite la intención de cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad”*. Dicha circunstancia queda acreditada en el presente caso *“por las declaraciones claras, precisas y sumamente esclarecedoras prestadas por el testigo Ezequías, de las que se desprende cómo el acusado fue distanciando a la víctima de su círculo de amigos, manteniéndola aislada y sometida, ejerciendo un control absoluto sobre la misma en todos los aspectos de su vida, tanto afectivo como familiar, imponiéndole su criterio en lo referente a las relaciones sociales y cuestiones económicas, anulando su capacidad de decisión, hasta acabar con su vida como acto final de dominación”*.

De otra parte, entre las sentencias que no aprecian la agravante²⁸, en la SAP de Barcelona, 921/2016, de 15 de noviembre, de los hechos se desprende que el acusado actuó con dolo de matar pero no por un motivo discriminatorio hacia su compañera sentimental. Así, de los hechos se constata que la pareja discutía siempre por motivos económicos y queda probado *“(…) que ante la previa acción de la mujer lanzándole un vaso durante la discusión, el procesado tuvo una reacción de todo punto desproporcionada e injustificada acudiendo a la cocina, cogiendo el cuchillo y clavárselo en el abdomen, sin poder colegir de esa acción que actuó, además, con un ánimo específico de desprecio y discriminación hacia la mujer que era su pareja sentimental. Consecuentemente, no existen elementos para apreciar la agravante de género interesada por las acusaciones”*.

Y, por su parte, en la SAP de A Coruña, 162/2018, de 26 de marzo, se valoran, a efectos de prueba y motivación del delito, insultos y situaciones de menosprecio, aunque éstas no se traducen en la aplicación de la agravante. Y ello porque *“su justificación parece estar en adición al desvalor propio del hecho el que en su motivación predominante arraigue una idea (una actitud interna) de discriminación que tenga por base una característica personal, con negación del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución”*. Esto es, por su pertenencia al ámbito de la culpabilidad, demanda *“un mayor grado de reprochabilidad subjetiva”*, por lo que *“requerirá demostrar que el sujeto activo obró guiado por su odio a su prejuicio hacia el “diferente”*”. Ahora bien, *“esa motivación del autor, ese plus intolerable de discriminación por la condición*

²⁸ Vid. entre otras, SAP de Ciudad Real 4/2018, de 5 de febrero; SAP de Valencia 217/2017, de 10 de abril. Sentencias analizadas por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial-Octubre 2018, pp. 80 y ss. A destacar la SAP de Lleida 379/2017, de 18 de octubre, ampliamente comentada por SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, “Estudio dogmático (...)”, pp. 313 y ss.

personal de la víctima no figuran en el relato histórico de las acusaciones ni se infieren del conjunto de la prueba practicada”²⁹.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el alto Tribunal aplica por primera vez la circunstancia agravante por razones de género en la sentencia 420/2018, de 25 de septiembre. En los hechos se recoge que *“En un momento dado el acusado quitó el móvil a Elisa; al estar ésta atendiendo al mismo, movido por los celos de que pudiese estar comunicando con otro hombre, y guardándoselo en el bolsillo pese a que Elisa le pidió que se lo devolviera (...)”*. Elisa decidió ir al baño, *“y cuando se encontraba orinando, sentada en el inodoro y con los pantalones y ropa interior bajadas, entró el acusado, que, aprovechando la situación en que se encontraba Elisa, con limitada capacidad de movimientos, sacó el cuchillo que llevaba escondido y se abalanzó sobre ella dándole cuchilladas, al tiempo que profería expresiones como “si no eres mía no eres de nadie””*. Asimismo, se hace constar en los hechos probados que *“El acusado presenta un patrón de personalidad de tipo narcisista y antisocial, con utilización de estrategias de imposición, explotación y dominación, así como el recurso al uso de violencia en la resolución de problemas interpersonales, que suponen importantes desajustes en el ámbito de relación interpersonal, con distorsiones cognitivas sexistas, tendencia a la resolución violenta de problemas, rasgos de, personalidad narcisista y antisocial, conducta fría y culpabilización hacia la víctima. El acusado está casado y en las fechas de los hechos convivía con su esposa. Elisa se encontraba en situación irregular en España, presentaba rasgos de inmadurez y dependencia del acusado, dada sus pocas relaciones sociales.*

La mencionada STS tiene su origen en la sentencia de la AP de Segovia, de 16 de noviembre de 2017, que condena al acusado por un delito de lesiones causante de deformidad, con la concurrencia de las agravantes de abuso de superioridad y de actuar por razones de género. No obstante, se recurre en apelación y la STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Castilla y León, con fecha 8 de marzo de 2018, considera que no concurre la agravante de actuar por razones de género del art. 22.4 CP. Se interpone, entonces, recurso de casación por su inaplicación indebida, estimando el Tribunal Supremo que es efectivamente de aplicación, en atención a los hechos probados.

Así, estima el alto Tribunal, que de los hechos, por tanto, se desprende *“el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudiera merecer alguna clase de respeto”*. El Tribunal Supremo admite, como así alegaba el TSJ –que, recordemos, consideró no aplicable la agravación- que la personalidad del acusado, por si misma, no puede justificar, en ningún caso, la aplicación de la agravante, pues, como destaca, *“debe rechazarse cualquier aproximación a un derecho penal de autor, que conduciría a sancionar al sujeto por cómo es y no por lo que ha hecho”*, como exige nuestro Derecho penal basado en la culpabilidad. Ahora bien, en el presente caso, sostiene el alto Tribunal, que dicha personalidad es solo un elemento más, al quedar acreditada la dominación y desprecio hacia la mujer en la conducta ejecutada.

²⁹ Sin embargo, el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (p. 84), entienden que en este caso cabría la aplicación de la agravante, pues en los hechos probados queda recogido que el acusado había llamado “zorra” a la víctima y que no asumía la ruptura de la relación.

En la segunda sentencia objeto de análisis –STS 565/2018, de 19 de noviembre-, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de la necesidad de acreditar la posición de control del autor sobre la víctima. Y ello porque, el fundamento de la agravación del art. 22.4 CP reside “*en el mayor reproche penal*” que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a la mujer, “*y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior*”. En los hechos se constata que “*el acusado de forma reiterada amedrentaba a la víctima, le tiraba del pelo y le insultaba como forma de manifestación de dominación sobre ella, y que cuando volvía a su casa de Madrid le conminaba a volver con él diciéndole que iba a mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo de este modo el control sobre la mujer, lo que al perdurar en el tiempo le provocó un síndrome ansioso depresivo*”. Se constata, por lo tanto, la situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, necesario para acreditar la agravante del art. 22.4 CP³⁰.

Es en la tercera sentencia analizada –STS 99/2019, de 26 de febrero- en la que el alto Tribunal da un giro en relación a los presupuestos de la agravante por razones de género, deteniéndose en el estudio de si debe exigirse, o no, el ánimo de dominación³¹. En el presente caso el acusado y la víctima eran pareja sentimental sin convivencia, durante su relación y tras finalizarse se produjeron los hechos enjuiciados. El día 27 de noviembre de 2016 el acusado llamó por teléfono a su mujer “*y le propuso fumar un cigarro con él*”, a lo que ella aceptó. Fueron en el coche de él a una caseta de campo y durante el trayecto el acusado le pidió “*que le hiciera una felación*” a lo que ella se negó, ante ello, el acusado “*con el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos, la cogió de la cabeza y la dirigió con fuerza a sus genitales*”, obligándola a hacerle una felación, golpeándole la cabeza e impidiendo que la alzara. Al llegar a la caseta la insulta “*diciéndole guarra, come pollas, hija de puta...*”, ella intenta marcharse y él la coge “*del pelo y del brazo, arrastrándola hacia el interior de la caseta, donde tras lanzarla al suelo y propinarle patadas, le instó a que se quitara la ropa, a lo que ella se negó, y tras lanzarla sobre el sofá, le quitó el pijama, el procesado se quitó los pantalones y le quitó las bragas a Angelina mientras ésta le pedía que no lo hiciera, diciéndole éste “que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otro cosa” momento en el que se puso encima de Angelina que estaba tumbada en el sofá y comenzó a penetrarla vaginalmente*”, mientras ella le decía que no quería, que la dejara. Posteriormente, el acusado le ordenó que le hiciera una felación y ella arrodillada ante él lo hizo, ya que el acusado para conseguir ese fin le golpeó en la cabeza y le estiró del pelo “*acercándole la cabeza a sus genitales*”. A continuación, la penetró de nuevo vaginal y analmente, “*tras lo cual la giró mientras el continuaba de pie y entonces eyaculó lanzándole el semen sobre la cara y el pecho de Angelina*”.

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia la STS 707/2018, de 15 de enero de 2019, que destaca que los elementos fácticos deben aparecer “*nítidamente en los hechos probados*”, puesto que de ellos se desprenderá la concurrencia de las circunstancias que permitan la aplicación de la agravación. De manera que, “*han de estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia*”. En este caso se declara probado que las acciones que realiza el acusado se encuentran dentro “*de una relación de dominación*” y que tienen su origen en la decisión de la mujer de querer divorciarse. Asimismo, se constata que durante el matrimonio el acusado “*había impuesto sus condiciones en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno*”.

³¹ Vid. LLORIA GARCÍA, Paz, “La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Lloria García, Paz (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 49 y 50.

La Audiencia de Valencia, en sentencia 167/2018, de 21 de marzo, lo declara responsable de un delito de agresión sexual –arts. 178 y 179 CP- en concurso medial con un delito de lesiones del art. 153.1 y 3 CP, no apreciando la agravante de género del art. 22.4 CP. Se interpone recurso de apelación y la STSJ de Valencia, Sala de lo Civil y Penal, 72/2018, de 29 de junio, aprecia la concurrencia de dicha agravante en el delito sexual. Recurrída en casación, por considerar que se ha aplicado indebidamente el art. 22.4 CP, el Tribunal Supremo lo desestima.

La Sala del TSJ de Valencia afirma que *“dado que la Audiencia considera que concurre un delito del art. 153 (...) ello implica que las lesiones ocasionadas constituyen una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder entre el acusado y la víctima”*. En consecuencia, *“debería haberse estimado, incluso con mayor motivo, que tal manifestación de discriminación concurrió en el delito de agresión sexual”*. Como destaca LLORIA GARCÍA, el tribunal llega a esta conclusión a partir del análisis, entre otras, de la STS 677/2018, de 20 de diciembre –comentada en páginas anteriores-, en la que se estableció, en relación al art. 153.1 CP, que exigir un elemento subjetivo del tipo suponía *“exacerbar la verdadera intención del legislador”*, que no lo describe en el mismo. Así, el tribunal señala que la Ley decide elevar la pena de las conductas del art. 153.1 CP *“porque considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad. El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista. Lo relevante es que los tipos de agresión en ese contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación”*. En consecuencia, como indica LLORIA GARCÍA, *“sobre la idea que existe identidad de fundamento entre los tipos género-específicos y la circunstancia genérica”*, el Tribunal Supremo objetiviza los requisitos que permiten apreciar la agravación, no exigiendo un específico ánimo de dominación, siendo suficiente que objetivamente la conducta fuera discriminatoria³².

En suma, en el concepto de violencia de género, comprendido en el art.1 de la Ley Integral, se recoge que aquella debe ser manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Ahora bien, ese extremo, se ha visto –tras el análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo- que en la mayoría de los casos no es necesario probarlo, cuando nos encontramos ante los tipos género-específicos, esto es, los reformados por dicha Ley Integral –arts. 153.1, 148.4^a, 171.4 y 172.2 CP-, en los que la víctima debe ser mujer o exmujer del agresor, aún sin convivencia. Y, aunque alguna sentencia –STS 856/2014, de 26 de diciembre- permitía que dicha presunción de la violencia admitiese prueba en contrario, abriéndose entonces una oportunidad para supuestos excepcionales –como en el caso de las agresiones mutuas-, dicha posibilidad desaparece tras la reciente STS 677/2018, de 20 de diciembre, que confirma su aplicación automática, ante la perplejidad de varios Magistrados del tribunal.

Así las cosas, y partiendo de la idea de que en el ámbito de la circunstancia agravante por razón de género del art. 22.4 CP la conclusión sería distinta, se constata que, aunque la jurisprudencia menor y las primeras resoluciones del Tribunal Supremo sí que han exigido que se acredite la dominación y desprecio hacia la mujer, en la conducta ejecutada, en la reciente resolución del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero,

³² LLORIA GARCÍA, “La violencia sobre la mujer (...)”, p.49.

sorprendentemente, objetiviza los requisitos de la agravación en el mismo sentido que lo hace en los tipos género-específicos.

Sin embargo, los pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo –SSTS 413/2019, de 21 de marzo y 351/2019, de 9 de julio- no han ido en esta línea interpretativa y, siguiendo lo señalado en la STS 565/2018, la agravante de actuar por razones de género debe aplicarse en aquellos casos “*en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo*”, con la intención de demostrar su superioridad frente a ella, lesionando el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE.

Por último, considero relevante destacar la recomendación que realiza el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial que, con el fin de poder ponderar la aplicación de esta circunstancia, consideran de “vital importancia la colaboración de terceros ajenos al proceso”, así las testificales de familiares, amigos y las personas cercanas a la víctima pueden aportar información muy útil para poder “acreditar ese ánimo de dominación por parte del acusado”³³

1.2. *Ámbito de aplicación de la nueva agravante: la relación de pareja presente o pasada.*

Como se recoge en el art. 1.1 de la Ley Integral, la violencia de género se restringe a la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer, exmujer, pareja o expareja, aun sin convivencia y, en este ámbito restringido será aplicable esta nueva circunstancia agravante, según señala parte de la doctrina y la jurisprudencia; en contra de lo que considera otra línea doctrinal y jurisprudencial, que analizaré en el próximo epígrafe, que la considera aplicable a supuestos ajenos a la relación de pareja presente o pasada.

Así, MARÍN DE ESPINOSA considera de aplicación la nueva circunstancia genérica a los casos de “violencia de género ejercida en el ámbito privado”. En cambio, para poder valorar los supuestos de discriminación fuera del mismo, esto es, el cometido sobre cualquier mujer, propone de *lege lata* que en dicho ámbito público “sea de aplicación la agravante por razón de sexo”³⁴. En consecuencia, no se podrá aplicar a los tipos género-específicos que se aprobaron a raíz de la Ley Integral, porque se vulneraría el principio *non bis in idem*, pero sí en aquellos otros en los que no se recogen las características de la víctima, como en los casos de homicidio, delitos contra la libertad sexual, etc., cuando aquella sea cónyuge, excónyuge, pareja o expareja, aun sin convivencia³⁵.

Por su parte, la jurisprudencia menor considera, de manera unánime, que uno de los requisitos para poder aplicar la agravante de discriminación por razón de género es que el sujeto pasivo “sea una mujer, que, además, sea o haya sido esposa o se encuentre o se haya encontrado unida a aquel por una relación análoga de afectividad”³⁶.

³³ Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, pp. 14 y 15.

³⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La agravante genérica (...)”, p. 19; en el mismo sentido MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. Teresa, “Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting”, <https://elderecho.com/martinez-sanchez>, p. 2.

³⁵ En este sentido MUÑOZ COMPANY, “Violencia de género (...)”, p. 4.

³⁶ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, “Estudio dogmático (...)”, p. 309.

La misma línea interpretativa la encontramos, no sólo en el primer pronunciamiento del alto Tribunal –STS 420/2018, de 25 de septiembre-, sino también en una reciente resolución –STS 707/2018, de 15 de enero de 2019-. En ellas se señala que, con la nueva agravante de discriminación por razones de género “*se amplía esta protección con carácter general*”, siendo procedente la agravación de la pena en todos aquellos casos “*en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta*”. Ahora bien, debe matizarse una cuestión, aquí la ampliación de la protección que señala el tribunal queda limitada, únicamente, al ámbito de las relaciones de pareja, lo que, como el mismo tribunal señala, “*le atribuye una evidente especificidad*”. En este primer pronunciamiento, el Tribunal Supremo apunta que será de aplicación la circunstancia agravante por *razón de sexo*, recogida también en el art. 22.4 CP, cuando la víctima se encuentre fuera del ámbito de las relaciones de pareja.

Ante este panorama LLORÍA GARCÍA entiende que, quizás la jurisprudencia ha reservado la aplicación de esta nueva agravante para los casos en los que la víctima es pareja o expareja del autor, porque “se le ha planteado en delitos de violencia en el ámbito de la pareja”³⁷.

Si finalmente se parte de esta interpretación, nos encontraremos que el campo de aplicación de esta nueva circunstancia se limitará al grupo de mujeres que contempla el art. 1.1 de la Ley Integral de 2004.

2. A PARTIR DEL CONVENIO DE ESTAMBUL DE 2011.

Sin embargo, el concepto de violencia de género que se recoge en el art. 1.1 de la Ley Integral, ni es el único ni quizás el más plausible. Expongo a continuación su interpretación a partir de la regulación contenida en el Convenio de Estambul.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, conocido también como Convenio de Estambul, fue ratificado por España el 18 de marzo de 2014, entrando en vigor el 1 de agosto³⁸.

En el Preámbulo se reconoce que con la *violencia contra la mujer* se manifiesta “*el desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre*”, privándola de su completa emancipación. Asimismo, también, se reconoce que la naturaleza estructural de este tipo de violencia “*está basado en el género*” y que la misma “*es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres*”, estando las mujeres y las niñas “*más expuestas por los hombres*” a un alto riesgo de violencia por razones de género³⁹.

Como destaca VENTURA FRANCH, la importancia de este Convenio en el ámbito europeo reside en que es “el primer documento vinculante” en materia de violencia

³⁷ LLORÍA GARCÍA, “La violencia sobre la mujer (...)”, p. 30.

³⁸ BOE núm. 137, viernes 6 de junio de 2014.

³⁹ BOE núm. 137, pp. 42947 y 42948.

contra la mujer que incorpora “mecanismos para garantizar su cumplimiento”⁴⁰. Su objetivo, como señala LLORIA GARCÍA, es “acabar con cualquier tipo de discriminación por razón de género”⁴¹. Para ello, recoge en su art. 3 varias definiciones, a partir de las cuales observaremos como se amplía el concepto de violencia por razón de género, produciéndose un gran cambio en materia de violencia sobre la mujer.

En su art. 3 c) se señala que por “género” “se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. En el mismo sentido, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, se refiere “a la construcción social generada en torno a los sexos”, en la que tradicionalmente se han asignado a cada uno de los sexos unos roles o funciones determinadas en base a la estructura patriarcal de la sociedad, “siendo así que a la mujer se le han atribuido funciones privadas o correspondientes al ámbito doméstico (cuidado, afecto emocional y sexual, reproducción biológica, etc.) mientras que al hombre se le han asignado funciones públicas y productivas (trabajo remunerado para el mantenimiento de la unidad familiar, protección, toma de decisiones, etc.). De manera que, sus funciones llevan aparejadas diferentes estereotipos en su modo de actuar, de una parte, encontramos debilidad, dependencia y sumisión y, de otra, fuerza, asertividad y autonomía”⁴².

Como destaca GARCÍA ARÁN existe, por tanto, acuerdo en considerar la violencia de “género” como una construcción socio-cultural, centrada “en la discriminación de la mujer a partir del rol subordinado que se le ha asignado históricamente”⁴³. Ahora bien, como señala VENTURA FRANCH, no puede confundirse el género con el hecho de ser mujer, porque existen dos géneros: el masculino y el femenino; sin embargo, si es cierto que “el hecho de tener un sexo femenino es la base de la asignación de funciones que tienen una peor valoración”⁴⁴.

Su art. 3 d) entiende por “violencia contra la mujer por razones de género”, “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

Y, finalmente, el art. 43 del Convenio, refiriéndose a la sanción de los delitos penales, recoge que “los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito”. De manera que, como destaca el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, el Convenio no distingue entre la existencia o no de relación sentimental presente o pasada, lo que supondrá, por tanto, un gran “avance en materia de protección de víctimas de la violencia machista”. Así, por ejemplo, si se ataca la libertad sexual de una mujer con la que el autor no tiene ninguna relación de pareja, se ataca uno de los

⁴⁰ VENTURA FRANCH, Asunción, “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 97, 2016, p. 192.

⁴¹ LLORIA GARCIA, “La violencia sobre la mujer (...)”, p. 34.

⁴² OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica (...)*, p. 67.

⁴³ GARCÍA ARÁN, “Injusto individual (...)”, p. 659. En el mismo sentido VENTURA FRANCH (“El Convenio de Estambul (...)”, p. 187) señala que “La violencia de género presupone una posición de poder de los hombres en la sociedad, dado que en la estructura del sistema sexo/género, el sexo que ejerce el poder es el masculino, y fruto de esa posición se ejerce la violencia contra las mujeres con el ánimo de control y subordinación”.

⁴⁴ VENTURA FRANCH, “El Convenio de Estambul (...)”, p. 188. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer (...)*, pp. 74 y 75.

bienes jurídicos máspreciados de la mujer, y ello se produce “por la aplicación de una histórica desigualdad que lleva a una falsa y malentendida superioridad del hombre respecto de la mujer”⁴⁵.

En consecuencia, como defiende OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, y conforme a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, por “razones de género” debe entenderse que el sujeto activo actúa por motivos discriminatorios contra el sujeto pasivo “por razón de los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, con independencia de la relación entre autor y víctima⁴⁶.

A partir de lo que se acaba de señalar, cabe hacer mención a lo recogido en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues el legislador considera que la razón por la que se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante del art. 22.4 CP “es que el género entendido de conformidad con el Convenio n° 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 2011, 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”⁴⁷.

De manera que, si el propio legislador español ya hace referencia al Convenio de Estambul, al incorporar esta nueva circunstancia agravatoria en nuestro ordenamiento jurídico, para diferenciarla de la agravante por razón de sexo, deber ser la regulación contenida en el Convenio, ratificado por España, como ya se ha señalado, la que debe tomarse en consideración para delimitar su ámbito de aplicación. Y ello, entre otras cosas, porque como destaca VILLACAMPA ESTIARTE “la estrechez del concepto de violencia de género”, recogido en la LO 1/2004, que limita su campo de aplicación a la violencia de la pareja o expareja, ha conducido a la confusión, como ha denunciado la doctrina, entre la violencia de género contra la que se declara reaccionar la Ley “y la violencia familiar dirigida contra las mujeres por su pareja o expareja, que es en la que realmente incide”⁴⁸.

Así, al ampliarse la protección de víctimas de violencia de género, la nueva circunstancia deberá aplicarse, no sólo a la relación de pareja, sino también a los supuestos ajenos a la misma. En este sentido lo interpreta la mayoría de la doctrina y la más reciente jurisprudencia.

Como defiende OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, la nueva circunstancia pretende luchar contra la situación de dominación del hombre sobre la mujer y contra la discriminación y, por ello, “en favor de la igualdad”, sanciona más gravemente aquellos

⁴⁵ Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, p. 8.

⁴⁶ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica (...)*, p. 94.

⁴⁷ Epígrafe XXII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, pp. 15 y 16.

hechos delictivos “que tienen como objetivo la subyugación de la mujer y el mantenimiento de los roles de género”⁴⁹.

Por su parte, DÍAZ LÓPEZ diferencia su ámbito de aplicación en función del fundamento que se le dé al art. 22.4 CP. Así, si su fundamento radica en “la protección de colectivos discriminados”, entonces se limita su aplicación al hecho en el que el autor “haya producido un efecto intimidatorio en un grupo tradicionalmente discriminado por razón de su género (que sólo puede ser el “género femenino”)”. En cambio, si su fundamento radica en el principio de igualdad, esta circunstancia se aplicará “cuando quede probado que el motivo del autor al cometer el delito fue el género de su víctima, fuera cual fuese dicho supuesto género”⁵⁰. Cuestión ésta que retomaré posteriormente.

En cuanto a la jurisprudencia, y partiendo de lo dispuesto en el Convenio de Estambul, en base a su referencia expresa en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, el Tribunal Supremo, en la STS 565/2018, de 19 de noviembre, da un giro a su interpretación inicial al afirmar que *“la agravante de género del art. 22.4 CP puede 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”*.

Con posterioridad, la STS 99/2019, de 26 de febrero, haciendo referencia a la LO 1/2004, que circunscribe al ámbito de la relación de pareja o expareja su intervención penal, destaca que la LO 1/2015 cuando describe la circunstancia agravante por razones de género *“no efectúa esa restringida delimitación”*. En consecuencia, su ámbito de aplicación desborda dicha relación de pareja.

Y, en la reciente STS 351/2019, de 9 de julio, aludiendo a la doctrina más autorizada, y siguiendo la línea de los pronunciamientos acabados de reseñar, sostiene que esta circunstancia agravante se aplicará en aquellos casos en los que quede acreditado *“que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo”*, con la intención de dejar patente su superioridad, atentando, por ello, *“contra el principio constitucional de igualdad”*.

Esta línea interpretativa, como destaca ACALE SÁNCHEZ, se recoge en la Propuesta número 84 del Pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017, al

⁴⁹ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica (...)*, p. 60. En el mismo sentido, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, “Estudio dogmático (...)”, p. 337; MAGRO SERVET, Vicente, “La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer”, <https://elderecho.com/magro-servet>, 2018, pp. 1 y 2. TORRES ROSELL (“Violencia de género y Derecho penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015”, *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Romero Burillo, Ana M^a (Dir. y Coord.), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 322), por su parte, señala que, “parece que la agravante inicia un camino de distanciamiento respecto de la concepción de la violencia de género estrictamente anclada en las relaciones afectivas y de pareja”. Y VENTURA FRANCH (“El Convenio de Estambul (...)”, p. 182) en el mismo sentido señala, que “La violencia de género es una consecuencia de la situación de subordinación que padecen las mujeres, y esta violencia puede producirse tanto en el contexto familiar como en cualquier otro tipo de relaciones fuera de la familia, sin que necesariamente medien relaciones de afectividad”.

⁵⁰ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, “La reforma de la agravante genérica de discriminación”, <http://litigacionpenal.com/category/derecho-penal/>, conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 22 de junio de 2015, pp. 9 y 10.

marcarse como objetivo: “*ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*”⁵¹.

Llegado a este punto quiero destacar que no comparto la opinión de BORJA JIMÉNEZ y AGUILAR CÁRCELES, quienes consideran que esta nueva circunstancia de discriminación tiene más un efecto simbólico que real, pues ambos entienden que con anterioridad a su entrada en vigor la circunstancia de parentesco del art. 23 CP, como agravante, ya cubría ese nuevo espacio que se le asigna al art. 22.4 CP. Ahora bien, como acabo de señalar, ello no es así, puesto que la interpretación que aquí se defiende, acogiendo el sentir mayoritario de la doctrina y las más recientes interpretaciones de la jurisprudencia, es que la violencia por razones de género no sólo se produce en el ámbito privado de las relaciones de pareja, sino que puede aparecer, también, en un ámbito público, espacio éste ahora abarcado por la nueva circunstancia, no condicionando su aplicación a la previa relación entre autor y víctima⁵².

De otra parte, hemos visto que el Convenio de Estambul define junto a la violencia contra las mujeres por razón de género –art. 3 d)-, el “*género*” –art. 3 c)- y, como apunta OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, ello “supone implícitamente la aceptación de la existencia de la posibilidad de que haya violencia contra un hombre por razones de género”, debiendo consistir esta violencia ejercida “cuando el sujeto pasivo hombre, no ajuste su modo de actuación a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”⁵³. Por ejemplo, como señala DÍAZ LÓPEZ, “si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por ese motivo (“porque los hombres no bailan ballet”), se aplicará la agravante”. Asimismo, señala dicho autor que también se aplicará la agravante cuando una persona mata a su víctima “porque representaba el estereotipo del sujeto que pregona su virilidad”. De manera que, en estos ejemplos, el autor actúa, no porque la víctima sea un hombre, sino “por un odio discriminatorio hacia un estereotipo caracterizado por el género”. Del mismo modo, si se comete el delito por ser la víctima bien, una mujer independiente y trabajadora, o bien, por ser “una empleada del hogar supuestamente “sumisa” y “no liberada””, también será de aplicación dicha circunstancia agravatoria⁵⁴.

Incluso, considero que también sería de aplicación cuando la víctima, por ejemplo, sea una niña a la que, su abuela o su madre, le han practicado la ablación del clítoris. Y ello porque, en primer lugar, dicha mutilación genital se realiza porque el rol de la mujer es procrear y no obtener placer sexual y, en segundo lugar, porque el Convenio de Estambul, en su art. 3 f) recoge que el término “*mujer*” “*incluye a las niñas menores de 18 años*”.

⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, María, “Aspectos penales del Pacto de Estado Español contra la Violencia de Género de 2017”, *Rivista di Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2018, p. 14.

⁵² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, José L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 122; AGUILAR CÁRCELES, Marta María, “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 63.

⁵³ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica (...)*, p. 96.

⁵⁴ DÍAZ LÓPEZ, “La reforma de la agravante (...)”, p.13.

En consecuencia, considero, como defiende DÍAZ LÓPEZ –cuestión que se ha apuntado en párrafos anteriores-, que la aplicación de la circunstancia agravante de cometer el delito por “razones de género” debe fundamentarse en el “principio de igualdad entre todos sea cual sea nuestro sexo y nuestro género”⁵⁵.

En este punto como señala la doctrina, a día de hoy, tenemos en nuestro ordenamiento jurídico “*un sistema mixto*”, puesto que, se mantienen los delitos género-específicos – arts. 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 CP- junto con la nueva agravante genérica, de aplicación esta última a aquellos supuestos en los que no se encuentre expresamente contemplada la perspectiva de género y se considere probado un ataque discriminatorio por dicha razón. Así, por ejemplo, en conductas más graves que las expresamente recogidas, como el homicidio o asesinato (arts. 138 y 139 CP), en los delitos contra la libertad sexual (arts. 178 y ss. CP) o, en las lesiones más graves de los arts. 149 y 150 CP⁵⁶. Por supuesto, será de aplicación la agravante al delito que, como destaca LAURENZO COPELLO, mejor describe “la violencia instrumental” asociada “a un contexto de dominación”, esto es, el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP⁵⁷. Este tipo, que recoge una situación de sometimiento continuado, sorprendentemente, no fue modificado por la Ley Integral, resultando, como señala SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, contradictorio con lo declarado en su art. 1, en el que se recoge que dicha Ley tiene por objeto actuar contra las situaciones de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, en un contexto de pareja o expareja⁵⁸.

Frente a esta duplicidad se alzan voces desde la doctrina⁵⁹ de eliminar los delitos género-específicos, dejando en la parte especial sólo los delitos comunes, que se agravarían cuando el delito se cometiera por motivos discriminatorios por razones de género. Al considerar, como señala LAURENZO COPELLO, que nuestro ordenamiento jurídico pese a tener “una batería de delitos género específicos”, ello no ha sido garantía para proteger a las mujeres, en especial, a las que se encuentran en una situación de extremo riesgo. Por el contrario, estos tipos específicos, considera, que sí tienen sentido en aquellos países en los que la pervivencia de estructuras patriarcales más arcaicas, que seguramente provoca “elevados niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres”, estos tipos específicos cumplen, no sólo una función simbólica que refuerza “el mensaje de desaprobación” de este tipo de violencia, sino que, además, permite atacar la inactividad de los operadores jurídicos⁶⁰.

Así las cosas, ACALE SÁNCHEZ plantea qué ocurriría si los delitos género-específicos no existieran y debiera determinarse la pena a imponer a un hombre por maltratar a su pareja o expareja. En atención a lo dispuesto en el art. 153 CP la pena a imponer sería de prisión de 3 meses a 1 año, que aumentaría de 7 meses y medio a un año, con la

⁵⁵ DÍAZ LÓPEZ, “La reforma de la agravante (...)”, p.13.

⁵⁶ Vid. entre otras, SSTS 420/2018, de 25 de septiembre; 351/2019, de 9 de julio; 99/2019, de 26 de febrero; 565/2018, de 19 de noviembre; 413/2019, de 21 de marzo; y, 707/2018, de 15 de enero de 2019.

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia, “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 822.

⁵⁸ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, “Estudio dogmático (...)”, p. 344.

⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, “Aspectos penales del Pacto de Estado (...)”, p. 29; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica (...)*, pp. 58 y ss.; LLORIA GARCIA, “La violencia sobre la mujer (...)”, pp. 48 y ss.; BOLEA BARDON, Carolina, “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, p. 23, nota 43.

⁶⁰ LAURENZO COPELLO, “¿Hacen falta figuras (...)”, pp. 825 y ss.

conurrencia de la agravante de discriminación por razones de género; ello beneficiaría al autor del delito, pues la pena que se establece en el art. 153.1 CP para la violencia de género es la de prisión de 6 meses a 1 año y, ante este concurso de normas, la criminalización expresa determina su resolución a favor de la ley especial⁶¹.

Y, es aquí donde recupero la cuestión de la prueba de la discriminación, pues como he analizado en páginas anteriores, en su aplicación, la diferencia entre los tipos comunes con la concurrencia de la agravante de discriminación por razones de género y los tipos género-específicos, se encuentra, en que en los primeros, debe probarse dicho móvil discriminatorio, no siendo necesario en los tipos género-específicos⁶². Y ello, creo, puede ser una de las cuestiones que dificulte la desaparición de estos delitos especiales.

Pues bien, como lo más probable es que se mantenga el sistema mixto⁶³ que he señalado, considero que el ámbito de aplicación de esta nueva circunstancia discriminatoria, en aras a garantizar el principio de igualdad del art. 14 CE, no sólo debe proteger a la mujer por el hecho de ser mujer, sin exigir ninguna relación de pareja o expareja, sino también al hombre cuando su comportamiento o su forma de hacer no se corresponde con su supuesto género. Si bien es cierto que su aplicación se circunscribirá, en la mayoría de los casos a los supuestos en los que el hombre cometa los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo, y con la intención de dejar patente su dominación y superioridad; también cabrá encontrarse supuestos en los que la víctima sea hombre, en los que el autor o autores justifique o fundamente su ataque por el hecho de que no actúa de acuerdo al estereotipo que le corresponde como hombre.

⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, “Aspectos penales del Pacto de Estado (...)”, p. 28 y 29; de la misma, “Derecho penal y violencia de género (...)”, pp. 422 y ss.

⁶² ACALE SÁNCHEZ, “Aspectos penales del Pacto de Estado (...)”, pp. 29 y ss.; de la misma, “Derecho penal y violencia de género (...)”, pp. 422 y ss.

⁶³ Sistema que ACALE SÁNCHEZ (“Aspectos penales del Pacto de Estado (...)”, pp. 29 y 30) entiende debería ser corregido legislativamente de *lege ferenda*. Pues esta autora ya apunta que, atendiendo a lo recogido en el Convenio de Estambul y si se llevan al Código Penal las reformas propuestas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, “darán lugar a una tripartición de las formas de la violencia de género: en primer lugar, las violencias de género castigadas en los arts. 148, 153, 171 y 172 en las que se presume el dolo específico de discriminar a la mujer; en segundo lugar, las castigadas en los arts. 149.2 y en los arts. 178 a 183 bis en los que se aplicará la agravante si se prueba el dolo y el resto de infracciones constitutivas de violencia de género en las que habrá que estar a las reglas generales. Este trato diferente de realidades que obedecen al mismo patrón criminológico carece de justificación”.