

La agravante de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del Derecho penal con perspectiva de género

Fátima Cisneros Ávila

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Género, sexo y violencia de género: algunas precisiones terminológicas. 2.1 Ámbito internacional. 2.2 Los conceptos de género y violencia de género en el ordenamiento jurídico español. 3. La agravante por razones de género en el Código penal: delimitación con otras figuras afines. 3.1 La orientación y la identidad sexual frente a la agravante por razones de género. 3.2 El sexo y el género como fundamento de agravación de la pena: delimitación conceptual. 4. Ámbito de aplicación de la agravante por razones de género. 4.1 La convivencia con las figuras específicas de género introducidas por la Ley Orgánica 1/2004. 4.2 Aplicación de la agravante por razones de género en el ámbito de las relaciones de pareja: muertes de mujeres y delitos contra la libertad sexual. 4.3 Aplicación de la agravante como vía para la ampliación del concepto de violencia de género. 5. Requisitos para la aplicación de la agravante por razones de género. 5.1 Algunas consideraciones previas sobre su fundamento. 5.2 Exigencias para la aplicación de la agravante por razones de género: elemento objetivo y subjetivo de la circunstancia. 6. Algunas reflexiones a modo de conclusión. 7. Bibliografía

1. Introducción

En 2015 se incorporó al Código penal la posibilidad de incrementar la pena cuando un delito se cometa por razones de género. La Ley Orgánica 1/2015 incluyó en el listado del artículo 22.4º CP el género junto a otros aspectos como la raza, la nacionalidad o el sexo como motivos de discriminación con efectos agravatorios

La creación de la agravante por razones de género supone un paso más del legislador en la construcción de un sistema de protección contra la violencia de género. Este camino se inició en 2004 con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, a través de la cual, de forma pionera, se dotó a los operadores jurídicos de importantes instrumentos para proteger a la mujer víctima de violencia. El texto de 2004 contenía profundas reformas en el ámbito penal centradas, en su gran mayoría, en la creación de figuras específicas de género tales como el delito de malos tratos del artículo 153.1 CP, o las amenazas y coacciones leves sobre la mujer pareja o expareja o unida al autor por una análoga relación de afectividad de los artículos 171.4 CP y 172.2 CP, respectivamente. Al mismo tiempo se incorporaron cláusulas en la parte especial que permitían incrementar la pena cuando entre la mujer, sujeto pasivo, y el hombre, sujeto activo existía o había existido una unión sentimental. Tal es el caso de las lesiones agravadas del artículo 148.4 CP.

La línea político criminal seguida por el legislador de 2004 estuvo marcada, por lo tanto, por la dispersión a lo largo del articulado del Código penal de figuras para castigar las formas más comunes de violencia contra la mujer. Se descartó así la propuesta proveniente de una parte de la doctrina que abogaba por la introducción de una cláusula general de agravación basada en el género que permitiese incrementar la pena en cualquier delito en el que existiese un componente machista y discriminatorio.

Esta vía hubiese solucionado algunas de las carencias achacables a la ley de 2004 como, por ejemplo, la imposibilidad de abarcar el mayor injusto en supuestos como el homicidio de una mujer a manos del hombre pareja o expareja y su lectura desde una perspectiva de género.

No ha sido hasta 2015 cuando se ha dotado a los operadores jurídicos de un instrumento como la agravante por razones de género amplía y complementa las medidas incorporadas por la Ley Integral. La creación de esta nueva figura debe ser valorada en un principio positivamente, en la medida en que permite ampliar el marco de protección a las mujeres víctimas de violencia de género. Sin embargo, esta agravante plantea importantes interrogantes que deben ser analizados con el objetivo de delimitar, tanto el ámbito de actuación de esta circunstancia y su concurrencia con otras circunstancias agravantes con las que comparte algunos aspectos, así como los requisitos para su aplicación. A lo largo de este trabajos profundizaremos en estos y otros aspectos.

En primer lugar, desde un punto de vista conceptual, corresponde realizar algunas precisiones conceptuales en torno a términos como el género o la violencia de género ya que, como analizaremos, parece no existir una coherencia interna en el propio ordenamiento sobre lo que debemos entender por género. Esta cuestión no es baladí, sino que determinará en buena medida qué casos quedan incluidos dentro de esta nueva circunstancia.

En segundo lugar prestaremos atención a la diferencias existente entre la agravante por razones de género y aquellas que incrementan la pena cuando el delito se comete por el sexo, la orientación sexual o la identidad sexual de la víctima. La correcta aplicación de la nueva agravante exige, desde mi perspectiva, desligarla de estas otras figuras para darle a cada una un ámbito propio de actuación.

A continuación se estudiarán los supuestos de aplicabilidad de esta figura. La vigencia en el Derecho penal de la prohibición de doble incriminación impide la aplicación de esta agravante en aquellos casos en los que el tipo penal aplicable ya contemple un incremento de pena por el elemento “género”, por ejemplo, el caso de las amenazas o las coacciones leves sobre la mujer que está o haya estado unida al autor en matrimonio o en una relación de análoga afectividad, en las que esta circunstancia ya se contempla en la imposición de la pena. Debemos preguntarnos, por lo tanto, en qué casos podrá aplicarse esta nueva agravante sin que se vulnere el principio de *non bis in idem*.

Por último nos detendremos en el análisis de la nueva circunstancia agravante introducida en el artículo 22.4º del C. P., es el de los requisitos para su aplicación. Como se verá más adelante, la aplicación de la agravante cuando el delito se comete por un móvil discriminatorio exige la concurrencia de una serie de requisitos, tanto de carácter objetivo como subjetivo. En el caso de la agravante por razones de género, debemos preguntarnos también qué elementos deben darse para que, efectivamente podamos aumentar la pena de quien comete un delito sobre una mujer. En este aspectos es especialmente relevante el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha aplicado la agravante por razones de género ya que a través de ellos se han sentado las bases para identificar en qué casos procede su aplicación.

A lo largo de este trabajo se abordarán aquellos aspectos de la agravante por razones de género que resulten problemáticos a la hora de su aplicación, con el objetivo de dar las directrices que permitan a los operadores jurídicos hacer un uso eficaz de esta nueva herramienta puesta al servicio de la lucha contra la violencia sobre la mujer.

2. Género, sexo y violencia de género: algunas precisiones terminológicas

Antes de entrar al análisis en profundidad del fundamento y los requisitos de aplicación de la agravante por razones de género es necesario realizar algunas precisiones terminológicas sobre los conceptos de sexo, género y violencia de género. Ya al inicio de este trabajo se apuntaba que esta nueva circunstancia agravante ha venido a complementar el cuerpo normativo introducido por la Ley Integral en 2004 para proteger a la mujer víctima de algún tipo de violencia. Sin embargo, tan pronto como empezamos a profundizar en el fundamento de unas y otras previsiones normativas encontramos ciertas incoherencias internas que hacen dudar de si cuando hablamos de violencia de género tal y como se define en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 y de razones de género, nos estamos refiriendo a lo mismo.

La dificultad de encontrar correspondencia entre los distintos sentidos que tiene el uso del término género dentro de nuestro ordenamiento se torna más compleja si volvemos la vista al ámbito internacional en el que, a través de distintos textos normativos se han ido definiendo términos como el género, la violencia de género, o la violencia contra la mujer que, en algunos aspectos, difieren de la del legislador español. Para aclarar qué entendemos por género y por violencia de género a la luz de la regulación penal resulta útil realizar previamente una aproximación a las distintas definiciones dadas en el ámbito internacional para, a continuación, delimitar cómo se han trasladado estos conceptos al ámbito interno.

2.1 Ámbito internacional

El concepto de género empieza a usarse bien entrado el siglo XX, en contraposición al sexo, a través del cual se habían explicado las diferencias entre hombres y mujeres. Desde un planteamiento biologicista el sexo ubicaba las características de unos y otras en los distintos rasgos naturales que, consecuentemente determinaban comportamientos y rasgos diferenciados. Esta idea sufre un giro radical con los primeros planteamientos feministas¹ que identifican un componente social y cultural en la explicación de los rasgos que se consideran propiamente masculinos o femeninos. A través del concepto de género se construye la idea de que las relaciones entre hombres y mujeres son constructos sociales que han marcados históricamente sus posiciones dentro de la sociedad. Mientras que los hombres han ocupado una posición hegemónica en las relaciones personales, económicas y sociales, la mujer se ha situado como el elemento dominado, el sujeto débil. Esta construcción desigual está en la base de la discriminación y la violencia sufridas por las mujeres y, el descubrimiento de la base social y cultural de esta diferencia de trato sentó las bases para entender que, del mismo modo que se ha construido culturalmente una relación desigual entre hombres y mujeres, puede ser posible deconstruir este planteamiento y revertir la situación de desequilibrio.

El concepto de género ha sido, sin duda uno de los avances más importantes del movimiento feminista, en la medida en que ha permitido identificar las causas de la situación de las mujeres como un colectivo vulnerabilizado. Este éxito de la aportación del feminismo fue calando también en los distintos textos que se fueron aprobando en el ámbito internacional para luchar contra la violencia hacia las mujeres. Así, de manera paulatina el término sexo se fue sustituyendo por la referencia al género como

¹ El cambio de paradigma que supone el concepto de género se atribuye a Simone de Beauvoir. Esta autora incide en la idea de que los roles atribuidos a hombres y mujeres son construcciones socioculturales y se aparta de la idea imperante hasta ese momento en virtud de la cual se entendía que esos roles tenían su base en los distintos atributos naturales de ambos.

fundamento de la violencia. Sirva como ejemplo la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer² celebrada en Pekín en 1995 y auspiciada por Naciones Unidas. En el informe resultante de este encuentro se incorpora el término género y, en su párrafo 112, en el que se define la violencia contra la mujer se establece que se entenderá como tal “todo acto de violencia basado en el género”³. Hasta 1995 Naciones Unidas no había incorporado el concepto de género muestra de ello es que si acudimos, por ejemplo, a la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993⁴ podemos comprobar cómo en el artículo 1, cuando se define la violencia contra la mujer se hace referencia a “toda violencia basada en la pertenencia al sexo femenino”⁵.

El uso del concepto género frente al sexo se ha ido extendiendo también en el ámbito europeo. Así, por ejemplo, podemos mencionar cómo en la Resolución del Parlamento Europeo de 1997 A4-0250/97, Relativa a una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra la mujer se hablaba de “violencia motivada por razón de sexo” mientras que unos años más tarde en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer⁶ se introdujo el género como concepto de referencia para hablar del fundamento de las agresiones sufridas por las mujeres.

Este uso generalizado del concepto de género tiene su máxima representación en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul en mayo de 2011⁷, texto de referencia a nivel internacional para la protección de las mujeres. El conocido como Convenio de Estambul acoge el concepto de género y en su artículo 3 lo define como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidas que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. Además, en consonancia con la línea seguida en otros instrumentos supranacionales define la violencia contra la mujer como aquella basada en el género.

La situación de vulnerabilidad en la que históricamente se han encontrado las mujeres a consecuencia de una desigual construcción de roles en la sociedad queda abarcada, por lo tanto, por medio del concepto de género y así lo han recogido los principales textos internacionales en la materia. Cabría preguntarse ahora si el concepto de género y de violencia de género o violencia contra la mujer, tal y como se han interpretado en los textos aquí analizados se corresponde con el contenido que el legislador español le ha dado a la agravante por razones de género y, si a su vez existe unidad en cómo se han definido estos términos dentro de nuestro ordenamiento.

² Documento disponible en: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755.

³ El párrafo 112 de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”.

⁴ Puede consultarse en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>.

⁵ El tenor literal de la definición contenida en el artículo 1 establece que por “violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

⁶ Enlace al documento: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0098+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁷ Puede consultarse el documento de ratificación por España en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

2.2 Los conceptos de género y violencia de género en el ordenamiento jurídico español

Para realizar una correcta aplicación e interpretación de la agravante por razones de género es necesario aclarar cómo debe entenderse en el contexto de esta circunstancia la referencia al género y, para ello, comenzaremos analizando cómo se ha definido previamente en el ordenamiento jurídico español el concepto de violencia de género. El objetivo de este estudio es comprobar si la voluntad del legislador a la hora de introducir esta nueva figura se corresponde con el significado que hasta ahora ha tenido el término género en nuestro marco legal.

La violencia de género no se define en el ordenamiento español hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004. Hasta ese momento la violencia ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo se había tratado conjuntamente con la violencia doméstica y no existía una conciencia social de que el fundamento de las agresiones a las mujeres fuese distinto al que sufrían las personas más vulnerables del entorno doméstico. Esta tendencia sufre un giro radical en 2004 cuando el legislador, en la exposición de motivos de la Ley Integral habla de violencia de género y la identifica como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Además, aclara que la violencia de género es aquella que se dirige a las mujeres por el mero hecho de serlo y manifiesta la negación de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión por parte de sus agresores. Continúa el legislador apoyándose en los mandatos internacionales⁸ en la materia para fundamentar la necesaria intervención de los poderes públicos en la erradicación y sanción de las agresiones a las mujeres como una realidad distinta a la violencia doméstica. De la lectura de la exposición de motivos de la ley de 2004 podría deducirse que en su elaboración se siguió la línea marcada en el contexto internacional al hablar de la violencia de género como toda aquella ejercida sobre la mujer por el hecho de serlo. Sin embargo, tan pronto analizamos el contenido de la ley se puede comprobar que esto no es así sino que, a la hora de delimitar qué debe entenderse por violencia de género, la Ley Integral se aparta de la senda marcada por la normativa internacional. Así, en el artículo 1 enmarca la violencia de género en el seno de la relación de pareja y la define como aquella que tiene lugar sobre una mujer por “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 esta manera la oportunidad de dotar de una efectiva protección integral a todas las mujeres víctimas de violencia queda cercenada al limitar su ámbito de actuación a la pareja.

Esta concepción de la violencia de género se traslada obviamente al ámbito penal, de manera que las figuras introducidas a raíz de la reforma operada en 2004 resultan de aplicación solo cuando el delito del que se trate se circunscribe a ese ámbito. Esta decisión político criminal excluyó, por lo tanto de la protección otorgada por el

⁸ Entre los textos de organismos internacionales mencionados en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 destacan los siguientes: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General, la resolución de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997, o la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprobó el programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).

ordenamiento otras formas de violencia sobre la mujer que son también manifestación de la desigualdad imperante en la sociedad pero que no proviene de quien es o ha sido pareja sentimental de la mujer víctima de la agresión.

Con la introducción en 2015 de la agravante por razones de género se plantearon dos hipótesis: que el legislador incluyese la expresión “por razones de género” en el contexto marcado por el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, limitando su aplicación a casos de agresiones de el hombre sobre la mujer pareja actual o pasada o que, por el contrario, esta nueva circunstancia agravante viniese a suplir la carencia achacable a la ley de 2004 y que pudiese ser aplicada en delitos en los que no existe una relación previa entre la mujer y su agresor.

Para poder afirmar cuál ha sido la línea seguida al incorporar el género como motivo de agravación de la pena entre los previstos en el artículo 22.4 CP hay que acudir al preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015. En su apartado XXII se refiere el legislador a la introducción de la agravante por razones de género y, a continuación, acoge la definición contenida en el Convenio de Estambul afirmando que con este término se hace referencia a “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidas que se consideran propias de hombres y mujeres” y que, se afirma, pueden constituir fundamento de discriminación distintos al sexo.

De esta afirmación contenida en la norma de 2015 pueden extraerse dos reflexiones importantes. En primer lugar parece que al definir lo que es un delito cometido por razones de género el legislador de 2015 se aparta de la definición de violencia de género contenida en la Ley Integral. La mención expresa al Convenio de Estambul acerca la agravante de género a la línea seguida en el ámbito internacional. Este acercamiento no se limita al plano meramente conceptual, sino que tiene importantes consecuencias en la ámbito de aplicación de la circunstancia pudiendo, conforme a la definición de género de la que se parte, extenderse a todos aquellos casos de delitos cometidos por razones de género aun cuando se lleven a cabo fuera del contexto de una relación sentimental o similar. Esta conclusión es coherente además con la tendencia marcada en los últimos años en las políticas de lucha contra la violencia hacia la mujer y que se ha materializado en el reciente Pacto de Estado en materia de violencia de género en el que, entre otras medidas, se prevé la ampliación del concepto de violencia de género para adaptarlo al contenido en el Convenio de Estambul⁹. Esto invita a concluir que, la creación de la circunstancia agravante analizada en este trabajo, se enmarca dentro de una nueva línea conducente a incluir todo acto violento contra la mujer bajo el paraguas de la protección otorgada por la normativa contra la violencia de género.

En esta misma línea se han situado los últimos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la agravante por razones de género. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero distingue el contenido del concepto de género de la Ley Orgánica 1/2004 del dado por la Ley Orgánica 1/2015 y afirma que la segunda “no efectúa esa restringida delimitación”, refiriéndose a la acotación que hace

⁹ Así se prevé en la medida 102 del Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género que prevé “ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”. Puede consultarse el texto del Pacto de Estado en materia de violencia de género en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

Para un análisis en profundidad del Pacto de Estado en materia de violencia de género, Villacampa Estiarte (2018).

la norma de 2004 al limitar el concepto de violencia de género a las agresiones producidas en el contexto de pareja¹⁰.

La segunda idea que podemos extraer de la definición de género recogida en la Ley Orgánica 1/2015 se refiere a la mención que se hace a que el género engloba los comportamientos socialmente atribuidos a hombres y mujeres. Podemos preguntarnos, por lo tanto, si esto supone que esta agravante podrá aplicarse cuando el sujeto pasivo sea un hombre. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un joven que recibe una brutal paliza ante su negativa a participar en un partido de fútbol con un grupo de jóvenes ya que no le gusta la práctica de ese deporte. Su negación a llevar a cabo una actividad que podría considerarse propiamente masculina y, por lo tanto, su comportamiento fuera de los roles socialmente asignados ha sido el fundamento del delito de lesiones del que es víctima. ¿Podríamos aplicar en este caso la agravante de discriminación por razones de género?. Para una parte de la doctrina esta agravante está destinada únicamente para los casos en los que la víctima sea una mujer¹¹, entendiendo que el fin de la agravación es castigar más severamente los comportamientos machistas. En un sentido contrario se pronuncia Orejón Sánchez de las Heras para quien existe motivos más que fundados para entender que esta circunstancia podrá aplicarse indistintamente si el sujeto pasivo es hombre o mujer¹². Para poder arrojar una conclusión sobre este aspecto es imprescindible tener presente el fundamento de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios. Esta figura, incardinada dentro del derecho penal antidiscriminatorio, tiene como fin último abarcar el desvalor adicional de lo injusto que se produce cuando un determinado delito se comete atendiendo a un rasgo concreto de la víctima, en este caso, al género. Cuando esto ocurre, acogiendo los planteamientos de Lorenzo Copello¹³, no solo se ataca a su igualdad desde un punto de vista formal, sino que, además, se profundiza en la situación de discriminación o subordinación en la que se encuentran determinados colectivos. La situación de vulnerabilidad, la condición de minoría del grupo de pertenencia de la víctima de la agresión dota de sentido a este tipo de figuras y, por lo tanto, sienta las bases para inclinarnos por la opinión que descarta que la agravante por razones de género sea de aplicación cuando el sujeto pasivo del delito sea un hombre.

La circunstancia agravante por razones de género se enmarca en el contexto de la lucha contra la violencia hacia las mujeres, así se deduce del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 y de su mención expresa al Convenio de Estambul. Esto indica que esta figura se concibe para proteger a las mujeres como colectivo históricamente subordinado al hombre como sujeto de poder¹⁴. Por lo tanto, en consonancia tanto con esta previsión como con el propio fundamento de la agravante por motivos discriminatorios puede entenderse que iría contra el propio objetivo de la figura su aplicación cuando sea el hombre la víctima del delito. Como acertadamente apuntan Seoane Marín y Olaizola Nogales “sería como plantear que la agravante por razón de

¹⁰ En esta línea ya se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre en la que el alto tribunal reconoció la posibilidad de aplicar esta circunstancia a aquellos casos en los que no haya existido ni exista una relación de pareja entre hombre y mujer. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo 351/2019, de 9 de julio ha reiterado que la agravante de género se aplicará a aquellos casos en los que el delito se cometa sobre la mujer por el mero hecho de serlo, debiendo entenderse, por lo tanto, que se incluyen aquí todas las formas de agresión con independencia de la relación existente entre víctima y autor del hecho.

¹¹ En este sentido, Borja Jiménez (2015: 122).

¹² Orejón Sánchez de las Heras (2019: 95). Comparten esta opinión Cuenca García (2020: 349) y Díaz López (2015).

¹³ Lorenzo Copello (1996a: 231). En este sentido también Landa Gorostiza (2001: 187).

¹⁴ Maqueda Abreu (2015: 7)

pertenencia a una nación fuera a aplicable a supuestos en los que las víctimas fueran de nacionalidad española”¹⁵.

3. La agravante por razones de género en el Código penal: delimitación con otras figuras afines

La agravante por razones de género ha venido a engrosar la lista de motivos de discriminación con efectos agravatorios del artículo 22.4º CP. Junto con las razones de género, la pena a imponer en un delito se elevará 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 padece o su discapacidad”. La originaria redacción de la agravante de discriminación se enmarcaba en el contexto de la lucha contra la proliferación de movimientos antisemitas y racistas por toda Europa lo que explica que, en la primera lista de motivos de discriminación tuviese especial peso aspectos como el móvil antisemita o racista del autor, así como la referencia a la religión. Pronto se unieron otras causas de discriminación como el sexo, la orientación sexual o la enfermedad configurando una circunstancia agravante concebida no solo para reprimir los comportamientos racistas, sino toda conducta penalmente reprochable con un contenido discriminatorio en base a alguna de las características mencionadas. Desde su redacción inicial han sido numerosas las voces críticas que han achacado a este artículo una deficiente técnica legislativa, en la medida en que entre los móviles discriminatorios incluidos existe en muchos casos coincidencias terminológicas o, incluso solapamiento¹⁶. Esta crítica a la delgada línea divisoria entre algunos de los motivos enumerados en el artículo 22.4º CP puede hacerse extensible a la situación resultante de la reforma de 2015. La incorporación del género como causa de agravación plantea interrogantes en torno a su delimitación con otras como el sexo y la orientación e identidad sexual. En este apartado delimitaremos en ámbito de aplicación de cada una de estas circunstancias.

3.1 La orientación y la identidad sexual frente a la agravante por razones de género

La delimitación entre las agravantes fundamentadas en la orientación y la identidad sexual y aquella que tiene su base en el género requiere previamente y aunque sea de una manera superficial delimitar qué entendemos por orientación sexual e identidad sexual para, a continuación profundizar en su función como elemento agravatorio en un determinado delito.

Cuando hablamos de orientación sexual nos referimos a la atracción hacia otra persona en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo¹⁷. Esta orientación puede ser heterosexual cuando se produce entre personas de distinto sexo u homosexual cuando esta tiene lugar entre personas del mismo sexo¹⁸. Desde un punto de vista penal y atendiendo al fundamento de la agravante de discriminación¹⁹, la pena a imponer en un delito concreto podrá verse agravada en aquellos supuestos en los que se cometa en atención a la orientación sexual de la víctima cuando esta se aparte del patrón de

¹⁵ Seoane Marín et. al. (2019: 478)

¹⁶ Sobre las críticas a la redacción del artículo 22.4º CP vide Alonso Álamo (2003: 535).

¹⁷ Monereo Atienza (2014: 1233)

¹⁸ Autoras como Lorenzo Copello entiende que la orientación sexual está referida a la tendencia sexual de una persona, en todas las formas imaginables. Laurenzo Copello (1996b).

¹⁹ Aguilar Cárceles (2015: 59).

heteronormatividad imperante en la sociedad. Así, además, se ha venido demostrando en la tendencia jurisprudencial²⁰, en la medida en que esta circunstancia se ha aplicado, principalmente, en supuestos en los que la víctima era homosexual²¹.

Por su parte, la identidad sexual hace referencia al reconocimiento de una persona como hombre o mujer, como uno y otro, o como ninguno, con independencia del sexo biológico²². La identidad sexual como motivo de discriminación dentro de la agravante genérica del artículo 22.4º CP se incorporó con la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Antes de su incorporación podía entenderse que los supuestos de agresiones a personas cuya identidad de género no se correspondía con la asignada a su sexo al nacer en base a los ideales de un modelo heteropatriarcal, quedaban abarcadas dentro del concepto de orientación sexual, sin embargo, la reforma de 2010 dio respuesta a la necesidad de separar la orientación y la identidad sexual como dos aspectos completamente diferentes²³. Así, la agravante de discriminación basada en la identidad sexual se aplicará en aquellos casos en los que el delito del que se trate se haya cometido movido porque la identidad sexual de la víctima se aparta de la tradicional dicotomía mujer (sexo)- femenino (género) u hombre (sexo)- masculino (género).

3.2 El sexo y el género como fundamento de agravación de la pena: delimitación conceptual

De los problemas de interpretación surgidos tras la incorporación de la agravante por razones de género quizás el más complejo de resolver sea su distinción de la ya existente agravante basada en el sexo. La convivencia de ambas circunstancias obliga a delimitar el ámbito de aplicación de cada una y a preguntarnos si la referencia al género era necesaria o, si por el contrario, la agravante genérica de sexo ya cubría suficientemente los supuestos de agresiones a las mujeres.

Hasta la introducción de esta agravante en el Código penal, en algunas ocasiones tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular acudían al sexo para solicitar el incremento de la pena en aquellos casos en los que se cometía un delito contra una mujer. Sin embargo, no siempre era finalmente apreciada bajo el argumento, en la mayor parte de los pronunciamientos, de que no quedaba probado que el delito se hubiese cometido motivado por el odio hacia la víctima por ser mujer, aunque de los hechos probados pudieran quedar demostrada la existencia de una situación de dominación del hombre autor del hecho, respecto de la víctima. Así ocurre, por ejemplo,

²⁰ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 1341/2002, de 17 de julio que aplica la agravante de discriminación en un delito de lesiones cometido en atención a la condición de homosexual de la víctima. Esta sentencia confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo del 2000 (ARP 2000/75).

²¹ 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).

²² Íñigo Corroza (2012: 110)

²³ A pesar de su separación en la normativa penal y su delimitación por parte de la doctrina científica como dos aspectos distintos, todavía sigue existiendo confusión por parte de los operadores jurídicos en su tratamiento. Sirva como ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 7 de Málaga 332/2016, de 18 de octubre, en la que ante una agresión a un transexual, se hace referencia a lo largo de la fundamentación jurídica indistintamente a la orientación y a la identidad sexual.

en los hechos enjuiciados en la Sentencia del Audiencia Provincial de Madrid número 422/2015, en la que se condena por un delito de asesinato a un hombre que disparó a su mujer mientras esta dormía. Del relato recogido en la sentencia se deduce que la víctima había manifestado a su marido la intención de iniciar un proceso de separación a lo que él se había opuesto. Aunque la acusación particular solicitó en este caso la aplicación de la agravante por razón de sexo, la Audiencia Provincial no la admitió alegando que no quedaba probado que el delito se hubiese cometido por una motivación de discriminación por el sexo de la víctima. De esta manera quedaba sin desvalorar el hecho de que el asesinato se hubiese realizado por la única razón de que la mujer hubiese decidido cortar el vínculo matrimonial, es decir, como manifestación del ejercicio del poder de dominación del hombre sobre la mujer. Este y otros pronunciamientos jurisprudenciales parecieran justificar la necesidad de la existencia de la agravante de género de manera que, supuestos como este, puedan ser resueltos desde una perspectiva de género, castigando más a quien ejerza violencia sobre una mujer en un contexto de dominación y sometimiento.

Para comprobar si, efectivamente era necesario la incorporación de la agravante por razones de género y si el sexo resultaba insuficiente para abarcar todos los casos de agresiones a la mujer, nos adentraremos un poco más en el contenido y fundamento de una y otra agravante.

Refiriéndonos a la circunstancia de discriminación en atención al sexo²⁴ hay que aclarar que esta agravante, entendiendo el sexo como la condición biológica de hombre o mujer, se aplicará en aquellos casos en los que el delito se realice motivado, precisamente, por el rechazo a esos rasgos biológicos y a las características de cada uno de ellos. Algunos autores entienden que procederá su apreciación, precisamente en los casos de delitos misóginos²⁵, sin embargo, entendemos que el elemento de desprecio y rechazo a la mujer no siempre tiene que concurrir. Así, podría ocurrir en un supuesto concreto que, sin que exista un odio o rechazo a la mujer se lleve a cabo la comisión de un delito motivado por el sexo de la víctima. Tal es el caso, por ejemplo, del supuesto mencionado por Rueda Martín y recogido en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia 151/2005, de 12 de abril en el que la discriminación tenía su base en el embarazo de la mujer, causa de bajas laborales, ausencias de su puesto de trabajo y otros impedimentos para desarrollar su trabajo con normalidad. En este caso, el embarazo, rasgo exclusivo del sexo mujer, es el fundamento de la conducta discriminatoria pero de ese dato no podemos deducir la existencia de un sentimiento misógino.

Existe una parte de la doctrina que afirma que la agravante por razón de sexo será también de aplicación en aquellos casos en los que el delito que se lleve a cabo sobre los hombres por los atributos y condiciones propias de su sexo biológico. Aunque efectivamente podría plantearse su aplicación para el caso de delitos sobre hombres, lo cierto es que la discriminación que de manera histórica han sufrido las mujeres convierte a la agravante del artículo 22. 4º CP en una vía pensada especialmente para la violencia sobre la mujer²⁶.

Teniendo en cuenta la definición de sexo aquí dada, podríamos decir, por lo tanto, que el sexo como el atributo biológico excluye el concepto de género, en la medida en que este no se refiere a los rasgos biológicos, sino a la construcción social de

²⁴ Sobre los antecedentes legislativos de la actual agravante por razón del sexo vide Orejón Sánchez de las Heras (2019: 29 y ss)

²⁵ Renart García (2002: 1720). De la opinión contraria Rueda Martín (2019: 8)

²⁶ Rueda Martín (2019: 6)

roles que se ha asignado a hombres y mujeres y, que de manera arbitraria, ha colocado a la mujer en una situación de sometimiento respecto del hombre²⁷.

En base a esto, 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. Conviene recordar aquí que entendemos que el sentido del concepto de violencia de género de esta nueva circunstancia modificativa de la responsabilidad penal debe ser más amplio que el dado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género que, en su artículo 1 la define como 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”²⁸. Se parte por lo tanto de la interpretación del concepto violencia por razón de género, conforme a la definición del Convenio de Estambul que, en su artículo 3º d) la define como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. Por medio de esta interpretación se permite la aplicación de la agravante por razones de género más allá del ámbito de la pareja, de modo que se puedan aumentar las penas en supuestos como las agresiones o los abusos sexuales o en los delitos de lesiones que se producen sobre una mujer fuera del ámbito de pareja.

En concordancia con el contenido dado al concepto de género podría afirmarse que, en contraposición al sexo, la agravante por razones de género se aplicará cuando el delito se cometa como manifestación de la situación de dominación de la mujer como consecuencia de la construcción sociocultural de los roles de hombres y mujeres. Así, por ejemplo, cabría aplicar la agravante de género en un supuesto de acoso sexual por parte de un jefe a su empleada como expresión de la dominación del hombre sobre la mujer, manifestado en las reiteradas propuestas de contenido sexual.

Llegados a este punto y una vez se han sentado las líneas que dividen a una y otra circunstancia cabe preguntarnos si esta definición realizada en el plano teórico resulta tan sencilla de identificar en la práctica. Es decir si, efectivamente en un delito cometido sobre una mujer podemos claramente distinguir entre la discriminación fundada en el sexo y aquella fundada en el género. Como apunta Rueda Martín, existe cierta correlación entre los rasgos biológicos entendidos y atribuidos como propios de la mujer y la construcción social y cultural de su rol. Aunque los aspectos derivados puramente de la dimensión biológica, como puede ser la capacidad para concebir y quedarse embarazada, estén relacionados directamente con el concepto aquí mantenido de sexo, lo cierto es que detrás de cuestiones como el embarazo como atributo exclusivo de la mujer hay también una valoración cultural que repercute inevitablemente en su posición en la estructura de la sociedad. Si una mujer es víctima de discriminación en su entorno laboral por haberse quedado embarazada, podríamos preguntarnos si esta discriminación obedece a motivos fundados en aspectos meramente biológicos o si, por el contrario, hay toda una construcción basada en juicios de valor en función de los cuales la mujer embarazada se entiende como un “elemento” extraño al ámbito empresarial y laboral, reservado para el hombre, sin cargas familiares. Esta reflexión invita a pensar que las agravantes de sexo y género despliegan sus efectos en el mismo ámbito tal y como advirtió Lorenzo Copello²⁹ y que, como apuntan algunos autores la

²⁷ Pitch (2010: 440)

²⁸ Para un análisis en profundidad del concepto de violencia de género contenido en la Ley 1/2004, *vide* Ramón Ribas (2013).

²⁹ Lorenzo Copello (2015: 823)

introducción de la agravante por razones de género ha obedecido más a un uso simbólico del Derecho penal que a una verdadera necesidad. De esta opinión 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 penal³⁰.

A pesar de la dificultad de desligar los supuestos de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación basada en el sexo y la que obedece a razones de género, su introducción por el legislador en el Código penal nos obliga a realizar un esfuerzo interpretativo para definir el ámbito de actuación de cada una.

Partimos aquí de la idea ya planteada al inicio de este apartado de que el sexo como fundamento agravatorio ha tenido poca o escasa aplicación por parte de los operadores jurídicos³¹. La referencia al sexo se ha vinculado estrechamente con los sentimientos misóginos y, la dificultad probatoria del sentimiento de rechazo y aversión a la mujer ha impedido que, en supuestos en los que sin duda el delito se había cometido en base a la condición como tal de la víctima, se dejase de valorar ese plus de injusto en la conducta del autor. Por otro lado, la interpretación del contenido de la agravante por razones de género hecha conforme al Convenio de Estambul permite afirmar que, esta circunstancia abarca los casos en los que la agresión a la mujer se produce, no por sus rasgos biológicos, sino por su condición de mujer dentro de la estructura social en la que esta ocupa una situación de subordinación histórica a favor del hombre. La remisión expresa que hace el legislador de 2015 al Convenio de Estambul y a su definición de género debe vincular a los operadores jurídicos de modo que bajo esta circunstancia queden incluidos aquellos delitos que se cometan como manifestación de la situación de discriminación de la mujer. Así, la introducción del género como elemento de agravación tiene, en palabras de Maqueda Abreu un efecto pedagógico³². Esto es, ante la reticencia de interpretar que dentro del sexo ya se incluían los casos de agresiones a las mujeres, la agravante basada en el género viene a reafirmar de una manera expresa que procederá la agravación cuando la víctima sea una mujer y el delito se cometa por el rol que esta ocupa dentro de la sociedad.

Teniendo esto en cuenta, la agravante de discriminación basada en el sexo quedará limitada a los casos en los que, efectivamente, la agresión se cometa por sentimientos misóginos o de odio a la mujer, mientras que siempre que el delito tenga causa en el rechazo de la condición de igualdad de la mujer procederá la aplicación de la agravante por razones de género.

³⁰Para una mayor profundización sobre la interpretación de este autor de esta circunstancia agravante, vide 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. En la misma línea Gutiérrez Gallardo (2017).

³¹ Seoane Marín et. al. (2019: 480). La tendencia jurisprudencial ha sido la de entender que sexo y género tienen fundamento distinto y que ambos pueden dar lugar a dos supuestos diferenciados de discriminación. Esta diferenciación se extrae también de la doctrina del Tribunal Constitucional que en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo marca la diferencia entre la discriminación por razón de sexo o género. Refiriéndose al uso del concepto género dentro de la Ley 1/2004 afirma que “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología”.

³² Maqueda Abreu (2015:13)

4. Ámbito de aplicación de la agravante por razones de género

Una vez analizada la relación entre la agravante por razones de género y otras figuras agravatorias afines, procede ahora analizar cómo se articula su convivencia con el resto de tipos penales introducidos para luchar contra la violencia de género.

4.1 La convivencia con las figuras específicas de género introducidas por la Ley Orgánica 1/2004

El sistema de protección contra la violencia de género contenido en nuestro Código penal se construyó, principalmente, a raíz de la Ley Orgánica 1/2004. Partiendo de los delitos de violencia doméstica que protegían a los miembros más vulnerables del entorno familiar, el legislador español incorporó a estos la protección específica de la mujer pareja o ex pareja, con o sin convivencia, valorando por primera vez de manera separada dos realidades que hasta ese momento se confundían: la violencia de género y la violencia doméstica.

La opción elegida por el legislador de 2004 fue la de introducir a lo largo del Código penal figuras específicas en las que se desvaloraba la conducta en atención al sujeto pasivo, en este caso, la mujer pareja o expareja o unida al agresor por una relación de análoga afectividad, con o sin convivencia. Entre los delitos configurados tras la reforma de 2004 destacan el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP, el delito del maltrato ocasional recogido en el artículo 153.1 CP, los delitos de coacciones y amenazas leves de los artículos 171.4 CO y 172.2 CP respectivamente o el delito de lesiones agravadas del apartado 4º del artículo 148 CP. Se configuró así un sistema de protección contra la violencia de género caracterizado, en primer lugar, por limitar su ámbito de actuación a las relaciones de parejas, de manera que toda la violencia ejercida hacia una mujer fuera de este contexto, quedaba fuera del campo de aplicación de las figuras más arriba mencionadas. En segundo lugar, la ley de 2004 optó por reformar aquellas figuras delictivas a través de las que, con mayor frecuencia, se manifiesta esa forma de violencia contra la mujer. Esto es, delitos como el maltrato ocasional o las amenazas leves que suponen, en muchos casos, la antesala de formas más graves de agresión. Esta vía seguida por el legislador de 2004 se apartaba de otra sugerida por la doctrina que ya abogaba por la creación de una agravante genérica por razones de género que permitiese valorar desde esa perspectiva, no solo las conductas de menor gravedad como pueden ser las coacciones o las amenazas leves, sino también otras que exigen un mayor reproche. Se está pensando, por ejemplo, en los casos de homicidio o asesinato de una mujer o, también, en la comisión de un delito de lesiones grave de los contenidos en los artículos 149 CP y 150 CP, en los que no se incorporó la agravación cuando el delito se cometa sobre la mujer pareja o expareja tal y como sí se hizo en el artículo 148 CP³³. Incluso el sistema resultante de la reforma de 2004 impide calificar como violencia de género un delito contra la libertad sexual cometido sobre una mujer como la más grave manifestación de la discriminación y de su situación de dominación. Con la creación de figuras concretas de violencia de género se desperdició la oportunidad de calificar como tal otros comportamientos más graves que también representan el fenómeno de la violencia de género.

³³ Marín de Espinosa Ceballos (2018: 15)

El repaso a los rasgos principales del modelo jurídico de protección contra la violencia de género no es superfluo sino que sirve como punto de partida para analizar qué resquicio ha quedado para la aplicación de la agravante por razones de género.

Empezaremos este análisis descartando aquellos casos en los que entiendo no podrá aplicarse esta nueva agravante. Me refiero a los supuestos en los que la conducta se subsuma dentro de alguno de los tipos penales que ya contemplan el elemento del género en su configuración típica. Tal es el caso del delito 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. y las coacciones leves del artículo 172. 2º C. P. En estos preceptos se realiza una referencia expresa a la mujer pareja como sujeto pasivo, lo cual es fundamento del mayor reproche punitivo cuando esta es sujeto pasivo y el hombre sujeto activo y autor. 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 su configuración ya se introduce, por lo tanto, el elemento del género y se desvalora 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.

Corresponde ahora detenernos en los supuestos en los que sí procede la aplicación de la agravante por razones de género y que constituyen la auténtica aportación de esta circunstancia.

En este sentido, adelantamos ya que la nueva figura amplía el ámbito de protección de la normativa sobre violencia de género contenida en la Ley de 2004. Esta afirmación puede basarse en dos efectos derivados de su incorporación al Código penal. El primero sería la posibilidad de aplicarse a aquellos delitos en los que no se contempla el género como elemento configurador de la conducta típica pero que se tratan de delitos cometidos en un contexto de violencia de género. El segundo, por su parte, se refiere a la posibilidad de ampliar el concepto de violencia de género incluyendo, no solo los casos de agresiones a la mujer con la que el hombre ha tenido algún vínculo sentimental o en los que se mantiene esa unión, sino también otros en los que, bien el vínculo es de otra naturaleza (familiar, amistad) o bien no existe una relación previa.

Para una mayor claridad analizaremos estos aspectos de manera separada.

4.2 Aplicación de la agravante por razones de género en el ámbito de las relaciones de pareja: muertes de mujeres y delitos contra la libertad sexual

Refiriéndonos a la primera consecuencia de la creación de la agravante por razones de género, su incorporación al Código penal nos permite aplicarla a los casos de homicidios, asesinatos o, por ejemplo, a los episodios de agresiones o abusos sexuales cometidos en el ámbito de una relación sentimental. A pesar de que la violencia de género se manifiesta con mayor frecuencia en comportamientos de menor gravedad como son los episodios de maltrato ocasional o de amenazas, inevitablemente muchos de estos episodios acaban manifestándose en las formas más graves de violencia que, en muchos casos acaban con la vida de la mujer³⁴. Es en estos hechos en los que la muerte

³⁴ El año 2020 se saldó con un total de 45 mujeres víctimas mortales por violencia de género. En el período comprendido entre 2003 y 2020 el número total de mujeres asciende a 1078. Datos del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer.

Disponible

en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>.

de la mujer es manifestación directa de la perpetuación de una situación de dominación fruto de la construcción social desigual de las relaciones de hombres y mujeres en los que la agravante por razones de género debe desplegar sus efectos.

Es cierto que ya contábamos en nuestro ordenamiento con dos instrumentos para incrementar la pena cuando un homicidio o un asesinato se cometía en el entorno de la pareja: la agravante de discriminación por sexo y la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad de agravación. A pesar de disponer de estos preceptos para valorar el total del injusto de este tipo de casos en los que no solo se ha vulnerado el bien jurídico vida, sino que además se ha manifestado en su versión más cruel la situación de discriminación de la mujer, entiendo que la nueva agravante por razones de género dará mejor respuesta a estos casos por varios argumentos. En primer lugar, como ya se ha mantenido en este trabajo, la agravante de discriminación basada en el sexo ha tenido escasa aplicación por parte de los tribunales. El sexo como elemento de discriminación con efectos agravatorios exige una vinculación entre el delito cometido y el ánimo de discriminar a la víctima por razón de su sexo de pertenencia. Así lo ha entendido la jurisprudencia y en esta línea se ha pronunciado en los supuestos en los que ha entrado en consideración la aplicación de esta circunstancia agravante. El resultado, puede afirmarse, ha sido desalentador ya que ha llevado a la exclusión de la agravación por no poder demostrarse que el delito en cuestión se ha cometido como manifestación de la discriminación de la víctima por ser de sexo mujer. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 49/1998, de 7 de julio y, más recientemente, la de la Audiencia Provincial de Madrid 422/2015, de 30 de junio. En la primera de las sentencias se juzgó el caso de un asesinato con alevosía de una mujer a manos del que había sido su marido. En este pronunciamiento la audiencia no aplica la agravante de discriminación por motivos de sexo alegando que el autor no dio muerte a la víctima por razones tendentes a discriminar el sexo femenino sino por otras circunstancias. Argumenta, además que para proceder a su aplicación es preciso que el autor del ilícito penal haya delinquido por motivos discriminatorios, es decir, precisamente en atención al sexo de la víctima³⁵. A través de esta escasa argumentación, de la que llama la atención que no profundice en esas “otras circunstancias” que motivaron la comisión del delito, la Audiencia provincial descarta la aplicación de la agravante de sexo desvalorando el más que evidente desprecio por la condición y situación de la mujer que demostró el autor de los hechos.

Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 422/2015, de 30 de junio, entra a decidir sobre un caso de asesinato en el que la víctima recibe un disparo mientras duerme por parte de su marido. En este caso en el que el veredicto se emitió mediante la figura del Jurado popular no se aplica la agravante de sexo alegando, que no quedó probado que el delito se cometiese motivado por el desprecio hacia el sexo de la víctima.

Estos dos pronunciamientos ponen de manifiesto que, a pesar de que la agravante de discriminación por el sexo de la víctima fuese una vía bastante para poder aplicar en estos supuestos, la línea seguida por la jurisprudencia ha sido muy distinta, lo que indica a pensar que la agravante por razón de género va a tener una mayor aplicabilidad en episodios de asesinato y homicidio de una mujer a manos de quien ha sido o es su pareja sentimental. Esto es así, si tenemos en cuenta la fundamentación seguida por la Ley Orgánica 1/2015 para la introducción de la agravante por razones de género. La referencia que realiza a la definición de género contenida en el Convenio de Estambul dota de contenido a la agravante y pone de manifiesto que su aplicación debe

³⁵ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 49/1998, de 7 de julio.

proceder cuando la *razón* del delito haya sido la expresión de la discriminación de la mujer en base a su posición dentro de la sociedad, histórica y culturalmente construida. No podemos más que afirmar que, cuando se produce la muerte de una mujer a manos de su pareja en un contexto de dominación y subordinación se produce la expresión más cruda de la construcción de una sociedad patriarcal en la que la mujer está en clara situación de desventaja respecto al hombre y que, por lo tanto, en estos supuestos debe entrar en consideración la agravante por razones de género³⁶.

La segunda vía existente para aplicar cuando el homicidio o el asesinato se producía en el entorno de la pareja es la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad de agravación. Ante la inaplicación de la agravante de discriminación basada en el sexo podríamos encontrar en la circunstancia del artículo 23 CP una vía para desvalorar adecuadamente la muerte de una mujer a manos de su pareja. Sin embargo, existen razones para pensar que la agravante por razones de género resulta más adecuada para resolver este tipo de supuestos.

En primer lugar, el fundamento de una y otra circunstancia son diferentes. En el caso de la agravante por razones de género, se atiende al mayor desvalor que tiene una conducta cuando esta se comete como manifestación de la situación de discriminación y dominación de la mujer en la sociedad. Por otro lado, la circunstancia mixta de parentesco como agravante se apoya en la vulneración de la relación de confianza que se presume en el entorno familiar³⁷. Ambas circunstancias valoran elementos accidentales del delito diferentes y, por lo tanto, el parentesco no puede ser la vía más adecuada para apreciar el componente de desprecio de género que se produce en casos como el homicidio de una mujer cometido por quien ha sido o es su pareja. La diferente fundamentación de ambas figuras se reafirma además al hilo de recientes pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha sostenido la compatibilidad de ambas³⁸. Cabe mencionar, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 56/2017, de 7 de febrero que aplica de manera conjunta la agravante por razones de género y la de parentesco en un caso de asesinato de una mujer por su pareja sentimental³⁹.

La agravante de género permite, por lo tanto interpretar los casos más graves de violencia contra la mujer como pueden ser los de homicidio y asesinato desde una

³⁶ Así ha ocurrido ya en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en la Sentencia número 64/2017, de 23 de febrero, en la que se condena por un delito de asesinato a un hombre que roció con gasolina a su mujer y le prendió fuego. También en 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”.

³⁷ Íñigo Corroza (2011: 10).

³⁸ En contra del criterio jurisprudencial Orejón Sánchez de las Heras (2019: 218). Este autor afirma que, en virtud del principio de especialidad procederá siempre la aplicación de la agravante por razones de género.

³⁹ También Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 160/2018, de 9 de marzo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 517/2017 de 4 de diciembre o la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 198/2017, de 2 de mayo. En esta misma línea la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de junio de 2017 donde se argumenta la compatibilidad de ambas circunstancias al constar de fundamentos distintos: "debe defenderse la compatibilidad entre 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, con la agravación basada en 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".

perspectiva de género introduciendo, podríamos decir de una manera indirecta la figura del femicidio en nuestro ordenamiento⁴⁰.

Además, esta nueva circunstancia del artículo 224º CP posibilita resolver también desde la perspectiva de género otros delitos de violencia cometidos dentro de la pareja en cuya configuración típica no se incluye el componente de género pero que, sin duda, está presente. Me refiero a los delitos contra la libertad sexual que tienen lugar en el entorno de una relación sentimental, en los que deberá aplicarse esta nueva circunstancia. Así ha ocurrido en la Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero, en la cual se aborda un caso de agresión sexual de un hombre a la que fue su pareja durante un período algo superior a dos años. La sentencia del alto tribunal resuelve el recurso de casación presentado por el acusado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 71/2017, de 21 de marzo en la que fue condenado a un delito de agresión sexual concurriendo la agravante de discriminación por razones de género. El Tribunal Supremo después de un pormenorizado análisis de la jurisprudencia dictada hasta el momento al hilo de la aplicación de la agravante de género mantiene su aplicación y afirma que el escenario en el que se produce la agresión con constantes insultos a la víctima y reiteradas muestras desprecio “implican objetivamente a situación de machismo origen de discriminación fruto de la cual son los actos atribuidos al acusado, relación y asimétrico estatuto que sin duda les constaba y que resultaron funcionales para el objetivo delictivo de su voluntad de agredir a la víctima con menoscabo de su libertad sexual”⁴¹.

La aplicación de la circunstancia agravante basada en el género en casos como el enjuiciado en esta sentencia abren la puerta a una valoración correcta de estos episodios en los que no solo se atenta contra la libertad sexual, sino que también se ataca la idea de igualdad de la mujer y se perpetúa su situación como sujeto vulnerabilizado dentro de la sociedad⁴².

4.3 Aplicación de la agravante como vía para la ampliación del concepto de violencia de género

Corresponde ahora detenernos en la segunda consecuencia de la incorporación del género al artículo 22.4º CP, la posibilidad de agravar la pena por un motivo discriminatorio basado en el género cuando el delito se cometa fuera del ámbito de la pareja. No hace falta decir que la discriminación basada en el desigual reparto de roles en la sociedad entre hombres y mujeres y sus manifestaciones más graves en forma de violencia trasciende más allá del ámbito de una relación de pareja. Así se deduce de la definición de violencia sobre la mujer contenida en el artículo 3.a) del Convenio de Estambul que la define como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados

⁴⁰ Los primeros años de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género han demostrado su operatividad en los delitos contra la vida. Así, tal y como se recoge en el informe realizado por el Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial sobre la aplicación de la agravante en las sentencias dictadas entre 2016 y 2018, de un total de 24 sentencias en las que se consideró la agravante de género, en 11 de ellas el delito cometido fue un asesinato, un homicidio y 5 asesinatos u homicidios en grado de tentativa. Informe disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-aplicacion-de-la-agravante-por-razon-de-genero-en-sentencias-dictadas-entre-2016-y-mayo-de-2018>.

⁴¹ Fundamento Jurídico 4º Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero.

⁴² Sobre la violencia sexual como una forma de violencia de género Acale Sánchez (2018: 80); Cuerda Arnau (2010:2).

en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. Por su parte la letra d) del artículo 3 se refiere a la violencia contra la mujer por razones de cómo “toda violencia contra una mujer por es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. De ambas definiciones se extrae que este instrumento extiende el concepto de violencia contra la mujer más allá de la que tiene lugar dentro de la pareja y, entendemos, así debe interpretarse la agravante del artículo 22.4º CP⁴³. Así, podrán valorarse como supuestos de violencia de género aquellas agresiones cometidas sobre mujeres con las que el autor no tenga ningún vínculo sentimental pero que, sin embargo, se desarrollen en un contexto de dominación y en el que la violencia se manifiesta de la misma⁴⁴.

En este sentido resulta de especial interés la reciente sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre en la que se aplica la agravante por razones de género en un supuesto de agresión sexual en el que, entre autor y víctima no existía ningún vínculo previo. Se trata de un caso en el que el acusado solicita los servicios sexuales de la mujer y, tras una discusión por la negativa de él a pagar el precio exigido por dichos servicios procede a insultarla y golpearla para, a continuación, agredirla sexualmente. El razonamiento del tribunal parte de la base de que la aplicación de la agravante procederá cuando los hechos sean expresión del desigual reparto de papales al que es consustancial la superioridad del varón debiendo tenerse presente además, que esto se manifiesta más allá del ámbito de la pareja y afecta a todos los contextos donde tienen lugar una relación entre hombres y mujeres. Esto se manifiesta con especial interés, continúa la sentencia, en el ámbito de las relaciones sexuales en las que con mayor claridad se han reproducido los estereotipos de género que han situado a la mujer en una posición de mero objeto de placer⁴⁵. Siendo esto así, el alto tribunal afirma que no todo delito sexual cometido por un hombre sobre una mujer conllevará necesariamente a la aplicación de la agravante de discriminación por razones de género sino que habrá que estar, se recoge en la sentencia, a las circunstancias que rodean los hechos que deben revelar que estamos ante un acto de dominio machista. Para afirmar esto en el caso concreto el Tribunal Supremo se basa en aspectos como las expresiones proferidas durante los hechos o el carácter especialmente denigratorio de los actos llevados a cabo. En este caso, el contexto de intercambio de servicios sexuales a cambio de dinero en el que se produce la agresión y los hechos la rodean sirven a juicio del tribunal para afirmar que lo que tiene lugar va más allá de una simple agresión a la libertad sexual y supone un “acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase”.

Pronunciamientos como el aquí analizado sientan un importante precedente y abren la vía para castigar casos como, por ejemplo muchas de las agresiones a mujeres que se dedican a la prostitución como lo que son, auténtica violencia de género que buscan reafirmar la posición de poder del hombre frente a la subordinación de la mujer.

⁴³ De la opinión contraria es Marín de Espinosa Ceballos. Esta autora establece que el concepto de violencia de género contenido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 conlleva que la agravante de discriminación por razones de género pueda aplicarse tan solo en el ámbito de la pareja. Propone que en los supuestos en los que la violencia sobre la mujer se produzca fuera del contexto de una relación sentimental, actual o pasada, se aprecie la agravante genérica por razón de sexo. Marín de Espinosa Ceballos (2018: 19)

⁴⁴ Así lo ha establecido también el Tribunal Supremo en la sentencia 565/2018, de 19 de noviembre, que ha marcado la línea jurisprudencial posterior y en la que se establece que el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja.

⁴⁵ Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre.

5. Requisitos para la aplicación de la agravante por razones de género

5.1 Algunas consideraciones previas sobre su fundamento

La circunstancia agravante por razones de género se ha incluido dentro de la denominada agravante de discriminación del apartado cuarto del artículo 22 CP. La comisión de un delito por alguno de los motivos enumerados en este precepto se presenta, por lo tanto, como un elemento accidental del delito que, cuando concurre incrementa la pena aparejada a la figura delictiva de la que se trate⁴⁶.

La configuración y el fundamento de la discriminación como fundamento de la agravación ha sido objeto de una extensa y fructífera discusión dentro de la doctrina. Aunque exceda a las pretensiones de este trabajo recoger todos los términos del debate sí que resulta imprescindible, de cara a identificar con más claridad los requisitos exigidos para la aplicación de nuestra agravante, realizar algunas consideraciones previas sobre la naturaleza de la agravante.

Es cuestión pacífica en la doctrina que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal inciden en el injusto o en la culpabilidad⁴⁷. Así con carácter general, se entiende que la afectación a la culpabilidad se refiere a la posibilidad de reprochar al autor de un hecho concreto, la realización del mismo. Por su parte, la referencia al injusto obedece a consideraciones relacionadas con el grado de afectación del bien jurídico lesionado con la conducta criminal. Teniendo esto en cuenta, conviene aclarar que las circunstancias agravantes que tienen su fundamento en la culpabilidad incrementarán la pena a imponer en base a la existencia de una motivación especialmente rechazable en la actuación del autor. Mientras que, las que se sustentan en el incremento del injusto, se basarán en que la conducta del sujeto pasivo ha supuesto un daño adicional al ya causado con la comisión de la conducta típica⁴⁸.

Trasladando esta división al ámbito de la agravante de discriminación por razones de género podemos preguntarnos si su aplicación encuentra su fundamento en el ámbito de la culpabilidad o en el de lo injusto.

Para una parte mayoritaria de la doctrina la agravante recogida en el artículo 22.4º CP encuentra su razón de ser en un mayor reproche penal del autor de un delito en base a los motivos discriminatorios que fundamentan su comisión. En otras palabras, la existencia de un móvil discriminatorio en la actuación del sujeto activo supone un mayor grado de culpabilidad que será la causa del aumento de la pena a imponer. Quienes sostienen esta postura⁴⁹ se sustentan en la referencia expresa que ha realizado el legislador al término motivos, entendiendo que dicha mención supone necesariamente que la discriminación con base en alguna de las características incluidas en el artículo 22.4º CP debe haber sido la motivación determinante para la realización de la conducta típica.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia. Sirva como ejemplo lo sostenido por el Tribunal Supremo en su sentencia 1145/2006, de 23 de noviembre en la que afirma que “se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito”⁵⁰.

⁴⁶ Mig Puig (2015: 632)

⁴⁷ Bernal del Castillo (1998: 60)

⁴⁸ Principales representantes de esta postura Lorenzo Copello (1996) y Landa Gorostiza (2018).

⁴⁹ Entre otros Díez Ripollés (2020: 530), Bernal del Castillo (1998: 65), Alonso Álamo (2003: 541).

⁵⁰ En esta misma línea también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 743/2017, de 1 de diciembre.

Como veremos más adelante, la afirmación de que la agravante de discriminación tiene su fundamento en una mayor culpabilidad del autor del hecho delictivo tuvo importantes consecuencias en la fijación jurisprudencial de los requisitos para su apreciación.

Para otro sector de la doctrina, cuya opinión se comparte en este trabajo, la agravante de discriminación por razones de género no afecta a la culpabilidad del autor sino al injusto del hecho cometido. Es decir, la actuación con un fin discriminatorio supone una mayor lesividad de la conducta de modo que se afecta no solo al bien jurídico protegido por el delito concreto, sino que se proyecta una ofensa mayor sobre la víctima a la cual se le niega su condición de igualdad⁵¹. Trasladada esta afirmación al ámbito de la circunstancia agravante por razones de género puede afirmarse, por lo tanto, que esta figura encuentra su fundamento en el mayor desvalor de resultado que se produce cuando una mujer es víctima de un delito por el mero hecho de serlo. Pongamos como ejemplo el supuesto recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre en cuyos hechos probados se relata un caso de agresión sexual cometido sobre una mujer que se dedica a la prostitución. La agresión cometida en este supuesto no solo implica un atentado a la libertad sexual de la víctima, sino que también le lanza un mensaje negándole como mujer su condición de ser humano en igualdad de derechos al hombre y perpetúa, además su posición de subordinación respecto a este. Compartimos, por lo tanto, la opinión de un sector de la doctrina que entiende que la agravante por razones de género tiene su fundamento en el aumento de lo injusto⁵².

5.2 Exigencias para la aplicación de la agravante por razones de género: elemento objetivo y subjetivo de la circunstancia

Corresponde ahora detenernos en la identificación de los requisitos que deben cumplirse para poder aplicar la agravante por razones de género. La precisión de qué elementos deben verificarse para que proceda el incremento de la pena en un caso concreto atendiendo a motivos basados en el género no es superflua sino que, resulta más que necesaria a la vista de las distintas opiniones que hay a este respecto en la doctrina. Además, la propia deriva jurisprudencial ha dado cuenta de la dificultad de llegar a un acuerdo y ya, desde la aprobación en 2015 de esta nueva circunstancia se ha producido un giro en la línea del Tribunal Supremo sobre los elementos que deben concurrir para su aplicación⁵³.

Comenzaremos este análisis recordando que, tal y como sostiene la mayoría de la doctrina, la circunstancia agravante por motivos discriminatorios contenida en el artículo 22.4º CP se compone de dos elementos: un elemento objetivo y otro subjetivo⁵⁴ que deben darse para que esta figura despliegue sus efectos. El elemento objetivo hace

⁵¹ A este respecto y referido con carácter general a la circunstancia agravante de discriminación Lorenzo Copello (1996: 282).

⁵² En este sentido también Seoane Marín et. al. (2019: 467) y Orejón Sánchez de las Heras (2019: 182).

⁵³ Para un completo análisis sobre la aplicación jurisprudencial de la agravante por razones de género *vide* San Millán Fernández (2019).

⁵⁴ Es importante no confundir los elementos objetivos y subjetivos de las circunstancias agravantes con el carácter objetivo o subjetivo de las mismas. Con esta segunda clasificación se hace referencia a si su concurrencia supone un incremento de la gravedad objetiva del hecho, en el caso de las circunstancias objetivas o si, por el contrario, se refiere a un mayor reproche del autor. Tradicionalmente entre las circunstancias objetivas que incrementan la pena se han incluido el ensañamiento (art. 22.5º CP) o la alevosía (art. 22.1º CP) mientras que, entre las subjetivas se han incluido la reincidencia (art. 22.8º CP) y también la agravante de actuar por motivos racistas (22.4º CP). Muñoz Conde et. al. (2015: 492).

referencia a los rasgos que motivan la realización de la conducta delictiva y que, necesariamente tienen que concurrir en la víctima. Así, si se comete un delito de lesiones motivado por la homosexualidad de una persona, esta característica debe darse en la víctima para poder aplicar la agravante⁵⁵. Por su parte, el elemento subjetivo ha estado referido tradicionalmente al móvil del autor exigiéndose que su actuación esté impulsada por el ánimo discriminatorio en base a la raza, nacionalidad, sexo, género o a cualquier otra de las circunstancias mencionadas en el artículo 22.4º CP. En este sentido la doctrina ha venido exigiendo que el móvil discriminatorio sea el motivo preponderante de la actuación del sujeto⁵⁶.

Trasladando esta doble exigencia de un elemento objetivo y otro subjetivo al ámbito de la agravante por razones de género podríamos afirmar que, de manera paralela a lo que ocurre en la agravación basada en cualquier otra circunstancia de las contenidas en el artículo 22.4º CP, para su apreciación se requerirá también de estos dos requisitos. En lo que se refiere al aspecto objetivo, debería concurrir un contexto de dominación que manifieste la situación de discriminación de la mujer y sea reflejo del sentimiento de superioridad del hombre frente a la mujer⁵⁷. Además, el elemento subjetivo exigiría la existencia en la actuación del autor de un ánimo específico de ejercer el dominio sobre la mujer y perpetuar su situación de sometimiento a través del delito concreto cometido.

La presencia de estos dos requisitos ha sido objeto de discusión doctrinal desde la incorporación de la agravante por razones de género en 2015 dividiéndose las opiniones entre aquellos que defienden la necesaria concurrencia de los dos y los que defienden la exclusión de la motivación del autor como un elemento exigible. Además, como ya se adelantaba este debate se ha dejado entrever también en la jurisprudencia.

Entre quienes sostienen que la aplicación de la agravante de género exige la presencia de un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en una motivación concreta del autor encontramos a Rueda Martín⁵⁸. Esta autora entiende que la agravante por razones de género tiene un doble fundamento basado, tanto en el incremento del injusto por el mayor daño provocado al colocar a la víctima en una situación de discriminación, como en una mayor culpabilidad del autor del hecho por la motivación existente detrás de su conducta. En consecuencia, afirma esta autora, debe exigirse la

⁵⁵ Sobre la discusión doctrinal en torno a los efectos que tiene el denominado error inverso, vide Orejón Sánchez de las Heras (2019: 187-92).

⁵⁶ Mir Puig et al. (2015), Seoane Marín et. al. (2019: 463). Así lo ha venido exigiendo también la jurisprudencia. Cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 171/2010, de 28 de junio, en la que se enumeran los elementos que componen la agravante por motivos de discriminación entre los que se exige que este móvil sea el determinante para cometer el delito. Así, esta sentencia define como elementos para su aplicación: en primer lugar que haya quedado acreditado que la persona agredida forma parte de un grupo o de un colectivo que pueda ser objeto de discriminación por su posición respecto al grupo mayoritario; en segundo lugar que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada; y, por último que el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que pudieran explicar por sí mismas la motivación de la actividad ilícita o que, apareciendo no sean determinantes del hecho ilícito.

⁵⁷ Orejón Sánchez de las Heras entiende que para que concurra el elemento objetivo el sujeto pasivo debe haber llevado a cabo comportamientos, papeles, actividades y atribuciones socialmente construidas en relación con el género opuesto a su sexo. Orejón Sánchez de las Heras (2019: 196). Resulta de difícil comprensión la formulación del elemento objetivo realizada por este autor, habida cuenta de que no considero que para la aplicación de la agravante por razones de género el sujeto pasivo haya tenido necesariamente que apartarse de los papeles asignados a su rol. Considero más acertada la propuesta de otra parte de la doctrina que entiende que el elemento objetivo está constituido por la situación de dominación que, precisamente tiene su origen en los roles propios de cada género y socialmente construidos. En esta línea Seoane Marín et al. (2019: 464).

⁵⁸ Rueda Martín (2019: 28)

existencia en el autor de un móvil discriminatorio basado en el género de la víctima⁵⁹. En este sentido también Orejón Sánchez de las Heras⁶⁰ quien, a pesar de asumir los problemas probatorios que puede tener el elemento subjetivo, exige su concurrencia para poder aplicar la agravante de discriminación.

Esta línea doctrina fue también la inicialmente seguida por la jurisprudencia que, en los primeros pronunciamientos en los que se aplicó la agravante por razones de género exigió, junto con el contexto objetivo de discriminación, que existiese también en el autor una motivación de provocar dicha situación de desventaja con su conducta.

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 condenaba 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 marido⁶¹. 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.

La tendencia seguida en la jurisprudencia menor pronto fue confirmada por el Tribunal Supremo. Destacan las sentencias 420/2018, de 25 de septiembre y la 565/2018, de 19 de noviembre. En la primera de ellas el alto tribunal sostiene que para la aplicación de la agravante de discriminación por razones de género deben concurrir los siguiente elementos: en primer lugar el sujeto activo del delito debe ser un varón y el pasivo una mujer que se encuentre o se haya encontrado unida a aquel por una relación matrimonial o análoga⁶²; en segundo lugar debe comprobarse que el sujeto activo haya cometido el delito con el propósito de ejercer dominio sobre a mujer, es decir, de colocarla en un rol de inferioridad y subordinación en la relación. Por su parte, la sentencia 565/2018, si bien cambia la interpretación sobre el ámbito de aplicación de la agravante y lo sitúa más allá del contexto de una relación sentimental, sigue manteniendo la necesidad de probar el móvil discriminatorio en el autor del delito.

Este planteamiento del Tribunal Supremo vuelve a ser modificado pocos meses más tardes a través de la sentencia 99/2019, de 26 de febrero. Este pronunciamiento da un nuevo giro en la aplicación de la agravante por razones de género y acerca los

⁵⁹ Para salvar la posible vinculación de esta exigencia con el Derecho penal de autor, esta autora afirma que el móvil de discriminación debe deducirse de los concretos actos llevados a cabo por este que deben ser manifestación del ánimo de discriminar y someter a la mujer por el mero hecho de serlo. Hay quienes ven este vínculo del elemento subjetivo con los actos concretos realizados una definición más cercana al elemento objetivo. En este sentido Seoane Marín et al. (2019: 467).

⁶⁰ Orejón Sánchez de las Heras (2019: 197)

⁶¹ 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”.

⁶² Este requisito fue corregido por el Tribunal Supremo en la sentencia 656/2018, de 19 de noviembre en la que se interpretó que el ámbito de aplicación de la agravante va más allá del contexto de la relación de pareja.

requerimientos para su concurrencia a las exigencias de una parte de la doctrina para la que, en esta circunstancia, basta con la comprobación de la existencia de un contexto objetivo de dominación. Así, para autoras como Seoane Marín y Olaizola Nogales⁶³, la dificultad probatoria del móvil discriminatorio dificulta su exigencia como un elemento de la agravante ya que, según estas autoras, conduciría a una inaplicación de esta figura con el consiguiente efecto de no valorar el injusto contenido en un delito cometido como manifestación de la situación de discriminación de la mujer⁶⁴. Esta tendencia doctrinal ha encontrado, como ya se ha anunciado, acomodo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia 99/2019 ha supuesto un cambio respecto del parecer inicial del Tribunal Supremo y ha objetivizado su aplicación. De este modo, se excluye la necesidad de probar la concurrencia en el sujeto activo de una motivación de discriminación y supedita la aplicación de la agravante a la existencia de un contexto objetivo de dominación. Este pronunciamiento parte de la identidad de fundamento de la Ley Orgánica 1/2004 y la agravante por razones de género introducida por la Ley Orgánica 1/2015 y afirma que, aun cuando el ámbito de aplicación de esta última no queda limitado al ámbito de las relaciones de pareja, si en los tipos penales incluidos en la reforma de 2004 no se exige la concurrencia de un específico elemento subjetivo, dicho elemento tampoco podrá exigirse para la apreciación de la agravante⁶⁵. Así, supedita su aplicación a la comprobación de que el hecho delictivo en sí constituya una manifestación de una grave y arraigada desigualdad entre el hombre y la mujer y que dicha desigualdad sea el fundamento de la sanción penal.

La no exigencia del elemento subjetivo representado por el ánimo discriminador del autor no puede suponer, sin embargo, la aplicación directa de la agravante cuando el sujeto pasivo sea una mujer y el sujeto activo un hombre. Debe darse para poder desplegar sus efectos agravatorios una efectiva asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.

En lo que se refiere al elemento subjetivo, puesto que ya no se corresponde con el móvil de quien comete el delito, entendemos que este ahora deberá identificarse, siguiendo la formulación de Seoane Marín y Olaizola Nogales⁶⁶, con el conocimiento por parte del autor de que con la conducta típica está atacando a un colectivo amenazado como es el de la población femenina.

La última línea jurisprudencial y la elaboración de autoras como las mencionadas en el párrafo anterior han abierto la vía a una mayor aplicación de la agravante de discriminación por razón de género. La exigencia hasta ahora de una motivación discriminatoria en el sujeto había dificultado en muchos casos la apreciación de esta y de otras circunstancias discriminatorias del apartado 4º del artículo 22 CP ya que resultaba particularmente difícil probar la concurrencia de dicha motivación. Con la objetivización de su aplicación se consigue que su apreciación sea posible en supuestos en los del relato fáctico resulta difícil extraer los sentimientos más internos del autor. No resultará difícil, por el contrario extraer de los datos objetivos del caso si, efectivamente estamos ante un contexto de dominación. Entendemos que dicho contexto

⁶³ Siguen este planteamiento Seoane et. al. (2019: 464).

⁶⁴ Así se pone de manifiesto también en el informe del Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial sobre la aplicación de la agravante en las sentencias dictadas entre 2016 y 2018, en el que se establece que uno de los principales motivos por el que no se aprecia la agravante es por no quedar acreditada la intencionalidad de los hechos (el ánimo de discriminar).

⁶⁵ San Millán Fernández (2019: 325)

⁶⁶ Seoane et. al. (2019: 472).

debe extraerse de elementos fácticos como la relación previa entre autor y víctima, la existencia de insultos o las manifestaciones previas de desprecio, entre otros.

6. Algunas reflexiones a modo de conclusión

El análisis realizado en este trabajo sobre la nueva circunstancia agravante del artículo 22.4º 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 22.4º CP no solo cumple los mandatos recogidos en el Convenio de Estambul, sino que además viene a cubrir una laguna de nuestro ordenamiento 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 atendiendo a la poca aplicación del sexo como circunstancia agravante era necesaria la reforma del artículo 22.4º CP para la incorporación del género como elemento de agravación para dotar al ordenamiento de un instrumento para resolver los casos de agresiones a las mujeres desde una adecuada perspectiva de género. Esto es así además porque, conforme a la interpretación de la agravante contenida en este trabajo a través de su aplicación se podrán valorar como supuestos de violencia de género delitos que, hasta ahora no habían podido tener esa consideración. Nos referimos, por ejemplo, a los delitos de naturaleza sexual en los que sin duda se despliega un fuerte componente machista y de reafirmación de los valores de la sociedad patriarcal pero que, hasta la incorporación de la agravante por razones de género no había podido analizarse con una visión de género. Igualmente esta nueva figura permite incluir bajo el paraguas de la violencia de género a mujeres que eran auténticas víctimas de esta forma de violencia que refleja su desfavorable situación en la sociedad. Tal es el caso de las mujeres que ejercen la prostitución y que, en muchos casos son objeto de agresiones violentas por parte de quienes la consideran un objeto de placer y completamente a la merced de su dominio.

Igualmente merece una valoración positiva la posibilidad de aplicar esta agravante por razones de género a las formas más crueles de violencia en el ámbito de la pareja: los homicidios y los asesinatos. El modelo resultante de la reforma de 2004 centró todos sus esfuerzos en las formas menos graves de violencia contra la mujer, tales como el maltrato ocasional o las amenazas y coacciones leves. Los casos de muertes de mujeres no encontraban, sin embargo, en el Código penal una figura adecuada para su valoración como casos de violencia de género. A pesar de contar con las figuras de la agravante de sexo y la agravante de parentesco, la no aplicación de una y el inadecuado fundamento de la otra para estos casos, hacía necesario una circunstancia que permitiese valorar estas muertes como lo que son, los casos más sangrantes de violencia de género.

En lo que respecta a los requisitos para su aplicación, acogemos la reciente línea jurisprudencial que requiere para poder afirmar la concurrencia de la agravante la existencia de un contexto objetivo de dominación, excluyendo así la necesidad de que

se de en el autor del hecho un ánimo de discriminar a la mujer con su conducta. En lo que respecta al elemento subjetivo, bastará que este conozca la existencia de dicha situación de discriminación y con cuya conducta contribuye a su perpetuación.

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 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 que son la manifestación más devastadoras de la discriminación que, de manera histórica han sufrido las mujeres por el mero hecho de serlo⁶⁷.

7. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, María (2018): “Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género”, en Silvia Rodríguez-López, María-Ángeles Fuentes-Loureiro; Patricia Faraldo-Cabana (dir.), María Acale Sánchez (dir.): *La manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 71- 102.

AGUILAR CÁRCELES, Marta María (2015): “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación por razones de género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en Lorenzo Morillas Cuevas, Marta María Aguilar Cárcelos, Jesús Barquín Sanz: *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson. Págs: 53-80.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2003): “La circunstancia agravante de discriminación”, en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis García Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (edts): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos. Págs. 533-42.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (1998): *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2015): “La circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4º”, en Jose L. González cussac (dir): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 119- 123.

CUENCA GARCÍA, María José (2020): “Ámbito de aplicación de la nueva circunstancia agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 CP): análisis doctrinal y jurisprudencial”, en María Jesús Espuny i Tomás, Daniel Vallés Muñío, Elisabet Velo Fabregat: *La investigación en Derecho con perspectiva de género*. Madrid: Dykinson, págs. 329-51.

⁶⁷ Maqueda Abreu (2006: 5)

CUERDA ARNAU, María Luisa (2010): "Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas", *Revista General de Derecho penal*, nº 13. Págs. 1-44.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto:

- (2013): *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º C. P.* Cizur Menor: Aranzadi.

- (2015): "La reforma de la agravante genérica de discriminación", conferencia impartida en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Disponible en: <http://litigacionpenal.com/category/derecho-penal/>

GUTIÉRREZ GALLARO, 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. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia", *InDret*, nº 4. Págs. 1-28.

(2012): "Circunstancias modificativas de la responsabilidad", en Jesús María Silva Sánchez (dir): *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La ley, p. 105- 120

LANDA GOROSTIZA, Jon M.:

- (2001): *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal (a la vez una propuesta interpretativa de la "normativa antidiscriminatoria" del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia)*. Granada: Comares.

- (2018): *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LAURENZO COPELLO, Patricia

- (1996a): "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y Xenofobia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 1, págs.. 182- 217.

- (1996b): "La discriminación en el Código penal de 1995". *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, Págs. 219- 288

- (2015): "¿Hacen falta figuras específicas de género para proteger mejor a las mujeres?", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol XXXV, Págs. 783- 830.

MAQUEDA ABREU, María Luisa:

- (2006): “La violencia de género entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02. Págs. 1-13
- (2015): “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, págs. 5-42.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. (2018): “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27. Págs. 1-20.

MIR PUIG, Santiago (2015): *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppetor.

MIR PUIG, Santiago y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2015): “Comentario al artículo 22.4º del Código penal”, en Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig (dirs): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs 148- 52.

MONEREO ATIENZA, Cristina (2014): “Aproximación conceptual a la orientación sexual e identidad de género. Estrategias político-jurídicas para la reivindicación de derechos del colectivo de LGBT”, en Rosa Casado Mejía, Consuelo Flecha García, Ana Guil Bozal, M. Teresa Padilla-Carmona, Isabel Vázquez Bermúdez, María del Rocío Martínez Torres: *Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género: V Congreso Universitario Internacional "Investigación y Género*. Sevilla : SIEMUS. Págs. 1231-48.

MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes (2015): *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PITCH, Tamar (2010): “Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, p. 435-59.

RAMÓN RIBAS, Eduardo (2013): “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXIII. Págs. 401-64.

RENART GARCÍA, Felipe (2002): “La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4º del CP de 1995”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5. Págs. 1737-52.

RUEDA MARTÍN, M^a 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*, nº 21-04. Págs. 1- 37.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Bárbara (2019): “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX. Págs. 303-51.

SEOANE MARÍN, María Jessica; Olaizola Nogales, Inés (2019): “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol XXXIX. Págs. 455-90.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2018): “Pacto de Estado en materia de violencia de género, ¿más de lo mismo?”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 20. Págs. 1-38.