



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO.

CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022

TÍTULO:

EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA DE LA AGRAVANTE
DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO.

WORK TITLE:

INTERPRETATIVE EVOLUTION OF THE
AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF DISCRIMINATION
FOR REASONS OF GENDER.

AUTOR/A):

MARINA COLLADO ALLENDE

DIRECTOR/A:

BÁRBARA SAN MILLÁN FERNÁNDEZ

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONCEPTO DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, DE 7 DE ABRIL DE 2011, Y EN LA LO 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, DE 28 DE DICIEMBRE.....	5
3. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO	10
3.1 Interpretación en la “Jurisprudencia Menor”.	10
3.2 Evolución interpretativa del Tribunal Supremo.....	13
4. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO.....	23
1. Fundamentación subjetiva.....	25
2. Fundamentación objetiva.....	26
5. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL ARTÍCULO 22. 4ª CP POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.....	28
6. CONCLUSIONES.	31
7. BIBLIOGRAFÍA	35

1. INTRODUCCIÓN

La comisión de un delito por motivos discriminatorios da lugar a una agravación de la responsabilidad penal por el delito cometido. Las razones de género se introducen como circunstancia agravante en nuestro Código Penal -en adelante CP- de forma tardía. Más concretamente, se incorpora al CP con la LO 1/2015, de 30 de marzo, entre las causas previstas en el artículo 22.4, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por ser una agravante genérica, podrá aplicarse respecto de todos los delitos incluidos en el CP dentro de la parte especial. No será, sin embargo, de aplicación en aquellos delitos en los que la agravante se haya tenido en cuenta a la hora de tipificar la conducta, puesto que se incurriría en un *bis in idem* prohibido ¹.

El artículo 22 del CP enumera las circunstancias que agravan la responsabilidad penal. Su apartado cuarto se basa en el artículo 14 de la Constitución Española en el que se establece que: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Como se puede apreciar de la redacción de este artículo, la CE trata de prohibir toda clase de discriminación, ya que no establece un *numerus clausus* de circunstancias. Por su parte, el art 22.4º del CP establece que: *Son circunstancias agravantes cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*. La redacción de este artículo contiene un amplio número de circunstancias que agravan la responsabilidad. Sin embargo, pese a que ha sido fruto de diversas modificaciones, la

¹ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2019, vol. XXXIX, núm. 39, pp. 303-304.

última con la LO 6/2022, de 12 de julio, que incluye el antigitanismo, no se trata de una cláusula abierta.

En cuanto a las modificaciones que ha ido sufriendo este precepto, originariamente, incluía motivos racistas, antisemitas, ideológicos, religiosos o basados en creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que perteneciera, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padeciera la persona. En el año 2010, la LO 5/2010, de 22 de junio, añadió a la lista de circunstancias la “identidad sexual”. Y en 2015, la LO 1/2015, de 30 de marzo, incorpora las “razones de género”². Esta incorporación se justifica en la propia Exposición de Motivos de la citada ley por la necesidad de reforzar la protección de las víctimas de violencia de género, necesidad derivada, también, de la obligación del Estado español de adecuarse a los compromisos internacionales asumidos por la ratificación del Convenio N.º 210 del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 7 de abril de 2011 -en adelante Convenio de Estambul-. Finalmente, las dos últimas modificaciones se llevan a cabo con la LO 8/2021, de 4 de junio, en la que se incorpora “la comisión del delito por razones de aporofobia o de exclusión social”, y con la LO 6/2022, de 12 de julio, que añade “los motivos antigitanos”.

² SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 305.

2. CONCEPTO DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, DE 7 DE ABRIL DE 2011, Y EN LA LO 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, DE 28 DE DICIEMBRE.

El citado Texto Internacional establece en su artículo 3 una serie de definiciones que afectan al objeto de este trabajo:

1. Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

2. Por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio de la víctima;

3. Por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

4. Por “violencia contra las mujeres por razón de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Sin embargo, en el marco de la normativa nacional, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género -en adelante LO 1/2004- define la violencia de género como una “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” (Art. 1.1 LO 1/2004). Este concepto se incorporó a las reformas legales y se refleja en los artículos 153.1, 171.2 y 172.2 del CP. Sin embargo, más tarde se ha visto modificado, con la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia -en adelante LO 8/2021- que en su disposición final modifica el citado art 1 de la LO 1/2004 para hacer constar que la violencia de género a que se refiere dicha ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores. De este modo, a los efectos de nuestro derecho penal, por “violencia de género” se entiende aquella que ejecuta el sujeto activo, que va a ser siempre un varón, cuando la ofendida sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o incluso cuando el sujeto pasivo sean los familiares o allegados menores de edad de la ofendida cuando esa violencia se ejerza con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres. En nuestro Código Penal, por “violencia doméstica” se entiende aquella que ejerce cualquier pariente o persona integrada en el círculo familiar o de convivencia sobre las personas del art 173.2 CP. Estas personas, sujetos pasivos del concepto de violencia doméstica, son los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Se incluyen como sujetos pasivos también los cónyuges y quienes mantengan o hayan mantenido una relación análoga de afectividad.

Por lo tanto, dentro del marco normativo nacional para poder apreciar la violencia de género se exige que la víctima sea mujer unida al agresor por relación de afectividad presente o pasada o que el sujeto pasivo sea un familiar o allegado menor y que el sujeto activo sea un varón que cometa el delito con el objetivo de dañar a la mujer.

En definitiva, lo importante a destacar es que el concepto de violencia de género dentro del marco normativo nacional es bastante reducido puesto que la ley reforma los preceptos legales que tipifican conductas leves y no aquellos que la doctrina penal considera como más graves. Es por ello por lo que ha sido objeto de numerosas críticas. Según GALDEANO SANTAMARÍA *cabe pensar que lo que el legislador pretendió entonces fue romper el ciclo de la violencia, atacando con intensidad los hechos de menor gravedad para evitar así llegar a la ejecución de los delitos más graves como el asesinato*³. Por otro lado, MAJON-CABEZA OLMEDA realiza una crítica al concepto que en esta ley se establece por diversos motivos. En primer lugar, porque la ley únicamente ha tenido en cuenta para definir el concepto de violencia de género los supuestos que se dan entre un sujeto activo y pasivo entre los que exista una relación sentimental presente o pasada. En segundo lugar, hace referencia a la discriminación positiva que hace que la agravación se aplique de forma automática sobre determinados sujetos atendiendo a su sexo biológico, lo cual se puede considerar negativo para ellos⁴.

También se ha puesto de manifiesto que la delimitación del concepto de violencia de género supone una confusión conceptual con el de violencia doméstica, que hace que

³ GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Violencia de género y en el ámbito doméstico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial, Vol. I, Delitos contra las personas*, 3ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 974.

⁴ MAJON-CABEZA OLMEDA, A.: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S; CUBILLO LÓPEZ, I.J; JAEN VALLEJO, M; MAJON-CABEZA OLMEDA, A; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J; REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 366-367.

se confundan y se mezclen ambos conceptos ⁵. En opinión de NÚÑEZ CASTAÑO *una cosa es la violencia “de género” o violencia “contra la mujer”, y otra cosa, totalmente distinta, es la “violencia doméstica”. Es evidente la necesidad de una legislación autónoma y diferenciada de cada una de ellas; por el contrario, una confusión de ambas a va a provocar soluciones inadecuadas, desproporcionadas y absolutamente injustas* ⁶.

En definitiva, podemos apreciar que el ámbito de aplicación de la LO 1/2004 es muy restringido puesto que se limita a la consideración de la violencia de género en el ámbito de una relación de pareja anterior o actual y, en el caso de que existan hijos/as y allegados menores, cuando se den actos de violencia sobre estos con la intención de causar un perjuicio a la madre. El motivo entonces, que según esta ley debe darse para poder apreciar esta circunstancia agravante es la existencia de una relación sentimental. Sin embargo, paradójicamente la Exposición de Motivos de la ley puede llevarnos a una confusión que nos haga pensar que el ámbito de aplicación de la ley es más amplio ya que establece textualmente lo siguiente: *La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes d ellos derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión* ⁷.

La última reforma que afecta al concepto de violencia de género de la que ya se ha hablado anteriormente, se introduce con la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia. Tal y como se establece en el Preámbulo de la ley, la protección de las personas menores de edad es una obligación de los poderes

⁵ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S; CUBILLO LÓPEZ, I.J; JAEN VALLEJO, M; MAJON-CABEZA OLMEDA, A; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J; REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 368.

⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, p. 103.

⁷ GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Violencia de género y en el ámbito doméstico”, cit., p. 982.

públicos que se recoge en el art 39 CE y en Tratados Internacionales suscritos por España. El art. 1 de la ley, que cito textualmente, establece lo siguiente:

1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

Sin embargo, pese a que esta última ley amplía el concepto de violencia de género cuando se produzca contra familiares y allegados menores, resulta criticable, en mi opinión, que por un lado la LO 1/2004 siga circunscribiendo su ámbito de aplicación únicamente a las relaciones de pareja y que esta ley amplíe su ámbito de aplicación cuando la violencia se ejerza contra un sujeto pasivo distinto a la propia víctima. Además, pese a que la finalidad de la ley sea la protección de los menores frente a la violencia, lo que se ha hecho ha sido ampliar la protección de las mujeres cuando el sujeto pasivo sea un familiar o allegado menor y la intención del sujeto activo sea causar un perjuicio sobre

su madre o mujer víctima del delito, pero no cuando la violencia se ejerza sobre estos menores y la intención del agresor sea causarles daño a ellos mismos. Esta reforma no ha atendido por tanto ni a las críticas doctrinales ni al concepto de violencia de género recogido en el Convenio de Estambul.

En conclusión, el concepto de violencia de género que establece el Convenio de Estambul incluye la violencia de género contra la mujer por el simple hecho de ser mujer, mientras que la normativa nacional se limita a supuestos de violencia que se den dentro de las relaciones de pareja presentes o pasadas, lo cual restringe bastante las situaciones en las que poder apreciar la agravante objeto de estudio. Por ello, debido al contraste existente entre los conceptos establecidos en ambas normas, sería conveniente que el legislador nacional incorporase el concepto de violencia de género regulado en el Texto Internacional de tal forma que abarque cualquier tipo de situación de violencia de género que se dé contra la mujer por el mero hecho de serlo.

3. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO

3.1 Interpretación en la “Jurisprudencia Menor”.

La Jurisprudencia Menor, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, fundamentan la interpretación de la agravante de discriminación por razones de género, hasta el primer pronunciamiento del TS sobre el particular, estableciendo que es una circunstancia de carácter subjetivo basada en la culpabilidad de la persona que comete el delito por un móvil discriminatorio con el objetivo de ejercer dominio y una posición de superioridad frente a la mujer, que en todo caso tiene que ser pareja o expareja o aquella que haya estado unida al sujeto activo por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Existía entonces unanimidad acerca de que la circunstancia agravante de discriminación por razones de género podía aplicarse cuando se daban los anteriores

requisitos, es decir, cuando el sujeto activo fuese un varón que cometiese el delito con la finalidad de ejercer dominio frente a la mujer y ésta última estuviera o hubiese estado unida al agresor por una relación de afectividad o análoga aun sin convivencia ⁸.

Pese a lo dicho anteriormente, entre la Jurisprudencia Menor se puede apreciar que a la hora de aplicar la circunstancia a hechos muy similares se dan soluciones contradictorias. Tomaremos como referencia la SAP 379/2017, de 18 de octubre, de Lleida y la SAP 204/2018, de 7 de junio, de Cantabria. En ellas se analizan unos hechos prácticamente idénticos donde el sujeto activo varón comete una tentativa de homicidio contra la mujer sobre la que ejerce una posición de superioridad.

La SAP 204/2018, de 7 de junio, de Cantabria, analiza los siguientes hechos: Mariano y Adoración mantienen una relación sentimental sin convivencia que ella decide terminar el 30 de octubre de 2016. La ruptura no es aceptada por Mariano, que se enfada con ella al verla pasear con una amiga por la calle sobre las 11 y media de la noche. Días más tarde, Mariano intenta ponerse en contacto con Adoración y acude a su domicilio. En ese momento ella no está en casa, pero al rato llega con una amiga y mantiene una conversación con Mariano, avisando al resto de amigos de que subiesen a casa que ella se quedaba hablando con Mariano. En un momento dado, entran al portal de la vivienda para seguir conversando y es ahí cuando Mariano comienza a amenazar a Adoración diciéndole que era la última noche para los dos porque iban a morir juntos. Posteriormente él se quita la chaqueta que vestía mostrando un cuchillo que llevaba con el que le propina una primera cuchillada a Adoración que le alcanzó el parpado. Adoración cae al suelo y Mariano continúa propinándole una serie de cuchilladas por todo el cuerpo. Finalmente, Adoración consigue esconder el cuchillo y al ver Mariano que no iba a poder acabar con su vida, coge el bolso de Adoración y desaparece. Mariano es condenado a un delito de homicidio en grado de tentativa junto con la agravante de género del art 22.4ª del CP, al entender en este caso el tribunal en su fundamento jurídico quinto que “todos los actos

⁸ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “La aplicación jurisprudencial de la agravante de discriminación por razones de género”, en CARRASCO ANDRINO, MARIA del MAR., *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 376-377.

revelan cómo el procesado, desconociendo las condiciones de igualdad como habitual modo de relación en la pareja, se encontraba ejerciendo un control sobre la vida y sentimientos de Adoración, queriendo anular su voluntad de decisión y de respeto sobre sí misma, hasta acabar con su vida, como acto final de dominación (...). Además, la concurrencia de la agravante se acredita por parte de los testigos que “revelan una situación de dominio y discriminación que manifestó el enfado que tenía Mariano al encontrarse a la víctima paseando por la calle con una amiga sabiendo que estaba embarazada de él (...)”. Entienden además que “Mariano se encontraba ejerciendo un control sobre la vida y sentimientos de Adoración, con el objetivo de anular su voluntad de decisión hasta acabar con su vida (...)”⁹.

Por su parte, la SAP 379/2017, de 18 de octubre, de Lleida, enjuicia los siguientes hechos: Marcelino y Valentina habían mantenido una relación sentimental hasta abril de 2016, momento en que Valentina decide finalizar la relación existente. La ruptura no es aceptada por Marcelino que continuaba intentando comunicarse con Valentina vía *WhatsApp* o *Facebook* hasta que Valentina bloqueó las comunicaciones. El día 21 de junio de 2016 Marcelino vuelve a la localidad donde Valentina se encontraba y es ahí cuando vuelve a insistir en comunicarse con ella a través de terceras personas. Valentina acaba aceptando y la tarde del 25 de junio tienen un encuentro en el que ella le explica los motivos de la ruptura. Al día siguiente, vuelven a tener un encuentro para despedirse, momento en el que Marcelino le invita a subir a su coche y el empieza a acelerar de forma repentina. Durante el trayecto él le dice que la única solución era que volvieran a estar juntos y que iban a matarse juntos también. Marcelino invade el carril contrario y como consecuencia de ello se produce una colisión con otro coche que venía en dirección contraria, que intentó evitar el accidente, pero no pudo. Valentina sufrió varias lesiones,

⁹ En este sentido, la SAP 64/2017, de 23 de febrero, de Tenerife, entiende que se da la circunstancia cuando la motivación del sujeto activo para cometer el delito se base en la no aceptación de la ruptura con su pareja. Véase también, la SAP 34/2018, de 26 de abril, de Vizcaya, que entiende que la agravante de discriminación de género concurre cuando exista una relación en la que el sujeto activo varón intente expresar y mantener esa posición de superioridad frente a la mujer, considerándola un ser inferior, hecho que motiva al sujeto a cometer el delito.

razón por la que Marcelino es condenado por un delito de homicidio en grado de tentativa. En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia se establece que en este caso no concurre la circunstancia agravante de género ya que como se establece “esta agravante debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea mujer que estuviera unida al autor por una relación sentimental pueda llevar objetivamente su aplicación (...)”. “Es por ello preciso que se acredite prueba suficiente que acredite la intencionalidad de discriminar a la mujer por parte del agresor. Es decir, debe quedar acreditado que el autor no solo quiso lesionar a su compañera sentimental sino también que cometió el delito por razones de género”. En definitiva, en este caso no se aprecia la agravante porque el tribunal no considera probado que exista ese móvil por parte del sujeto activo que justifique su aplicación ¹⁰.

Está claro en ambos supuestos que la situación que se da es la misma: un varón que intenta ejercer un determinado dominio o colocarse en una situación de superioridad frente a la mujer como consecuencia de una ruptura indeseada por parte de ella y puesto que no logra ese objetivo, intenta matar a la víctima. A pesar de ser hechos prácticamente idénticos, ambos tribunales llegan a soluciones completamente distintas.

3.2 Evolución interpretativa del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo -en adelante TS- no ha mantenido siempre una misma interpretación acerca de los requisitos que deben concurrir para apreciar la agravante de discriminación por razones de género ni sobre el fundamento de la misma. Es por ello que, si analizamos su doctrina jurisprudencial, podemos apreciar que ha ido cambiando de criterio en un periodo muy breve de tiempo.

¹⁰ Véanse en este sentido, la SAP 198/2027, de 2 de mayo, de A Coruña, que entiende que la circunstancia agravante no concurría por no apreciarse un móvil discriminatorio en el varón y la STSJ 17/2018, de 4 de mayo, de Aragón, que entendió que en ese caso la circunstancia agravante no concurría por no apreciarse que el sujeto actuara con motivos discriminatorios hacia la víctima, sino que actuó con ánimo de impedir la separación por las consecuencias que hubiera podido conllevar.

1. STS 420/2018, de 25 de septiembre.

La primera sentencia del TS que se pronuncia sobre la agravante de discriminación por razones de género es la STS 420/2018, de 25 de septiembre, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el MF contra la STJS de Castilla y León. A modo de resumen, los hechos que acontecieron fueron los siguientes: la mujer y el varón que mantenían una relación de afectividad asistieron a casa de una amiga a tomar algo. En un momento dado ella se encuentra usando el móvil y el varón se lo quita creyendo que podría estar hablando con otro hombre y pidiéndole la mujer que se lo devolviese. El hombre se acerca a la cocina de la casa y coge un cuchillo, momento en el cual la víctima se encontraba en el baño. El hombre se dirige al baño con el cuchillo guardado en el bolsillo del pantalón y cuando llega al baño le propina a la víctima una serie de cuchilladas al tiempo que decía textualmente “si no eres mía no eres de nadie”. Momentos después el hombre agarra del cuello a la mujer amenazándole con quitarle a su hija si le denunciaba ante la policía. Finalmente, la víctima confesó los hechos solicitando ayuda.

El TS fundamenta la aplicación de la circunstancia agravante de género en el hecho de que el varón en el momento en que le quita el móvil a la víctima está actuando con un ánimo de desprecio y discriminación hacia ella, intentando controlar sus comunicaciones sin conseguirlo, que permite agravar la pena que se le impone en atención a la discriminación por razones de género. Por lo tanto, considera que el incremento de la pena se fundamenta en la motivación del autor de ejercer una discriminación sobre la víctima por el hecho de ser mujer mostrando su superioridad frente a ella.

Por otro lado, es importante resaltar que el TS establece que las específicas condiciones que deben concurrir para que pueda aplicarse la agravante objeto de estudio son las siguientes:

1. En primer lugar, el sujeto activo ha de ser un varón y el sujeto pasivo una mujer que se encuentre o se haya encontrado unida a él por una relación matrimonial o de afectividad análoga.

2. En segundo lugar, el sujeto activo que comete el delito debe hacerlo con el propósito de ejercer dominio sobre la mujer, colocándola en una posición de inferioridad y subordinación en la relación.

Por lo que podemos comprobar, en este primer pronunciamiento el TS fundamenta la apreciación de la agravante de género en los mismos requisitos que anteriormente exigía la Jurisprudencia Menor.

2. STS 565/2018, de 19 de noviembre.

En la sentencia inmediatamente posterior a la que se acaba de comentar, dictada a escasos 2 meses, la STS 565/2018, de 19 de noviembre, el TS cambia de criterio en lo que respecta a las condiciones que deben concurrir para poder apreciar la agravante de género.

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por el acusado que había sido condenado por la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia 211/2018, de 19 de marzo. Los hechos son parecidos a los analizados en la sentencia anteriormente citada: Epifanio se encontraba unido a Delfina por una relación análoga a la conyugal con convivencia en diversos domicilios de Barcelona. Desde el inicio de la relación la AP de Madrid constata como probado que el acusado golpeaba, tiraba del pelo e insultaba a Delfina. Cuando ella regresaba a Madrid, lugar de residencia del resto de su familia, él la conminaba a volver diciéndole que le iba a enseñar a su madre fotografías de ella desnuda, consiguiendo de este modo tener el control sobre ella. El 23 de agosto de 2015 Epifanio y Delfina se encuentran en su domicilio de Barcelona y sobre las 18:00 horas el hombre entra en la habitación donde se encontraba la mujer y comienza a gritarla violentamente, logrando ella salir de la habitación para esconderse en el baño. El acusado alcanza a Delfina, momento en que empieza a tirarla del pelo y golpearla mientras gritaba “te voy a matar”. Delfina intenta de nuevo escapar dirigiéndose a la puerta de casa, pero no lo

consigue y ahí Epifanio vuelve a pegarla. En un intento desesperado de intentar escapar, Delfina se dirige al balcón de la casa con la intención de saltar a la calle, pero el acusado y otras dos personas que vivían en esa misma casa se lo impiden. De nuevo dentro de la casa el acusado coge un destornillador con el que se dirige a Delfina con la intención de matarla, diciendo literalmente que la iba a matar. Delfina se dirige de nuevo al balcón de la casa y finalmente salta a la calle para huir. Epifanio termina siendo condenado como autor de un delito de homicidio intentado en concurrencia con la agravante de discriminación por razones de género del art. 22. 4ª CP.

El TS en este caso, fundamenta la concurrencia de la agravante objeto de estudio estableciendo que la agravante de discriminación por razones de género puede aplicarse también, independientemente de la relación de afectividad que exista o hubiese existido entre ambos sujetos. Por lo tanto, la condición que debe darse según el TS para poder apreciar la agravante de género será la constatación de la intención del sujeto activo de ejercer su dominación frente a la mujer por el mero hecho de serlo. Concretamente, en su fundamento jurídico séptimo constata que *esta situación de "sometimiento continuado" del agresor sobre la víctima le lleva a anular su voluntad, que es el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace final con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado que conforma todos los actos delictivos bajo la estigmatización que provoca en los sentimientos de la víctima y que se desarrolla en la ejecución de actos tendentes a conseguir la posesión física e intelectual por el sujeto autor del delito hacia la víctima y doblegar su voluntad para quedar sometida a la del ahora recurrente.*

En definitiva, con este cambio de criterio, lo que hace el TS es asumir el concepto de violencia de género recogido en el Convenio de Estambul.

3. STS 99/2019, de 26 de febrero.

Con esta sentencia, el TS confirma cuanto ha establecido en su sentencia anterior acerca de que para la concurrencia de la agravante de discriminación por razones de género no es necesario que exista una relación presente o previa entre ambos sujetos.

Los hechos que se analizan en este caso hacen referencia a una situación en la que el hombre y la mujer habían dejado de ser pareja y tienen un encuentro en una caseta del agresor. De camino al lugar donde habían quedado, el hombre obliga a la mujer a hacerle una felación sujetándole la cabeza y una vez llegan a la caseta el hombre insulta a Angelina llamándole “guarra, come pollas, hija de puta...” y le agrede en numerosas ocasiones hasta que termina penetrándola vaginalmente. El hombre es condenado por la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia 167/2018, de 21 de marzo, sin considerar de aplicación la agravante de discriminación por razones de género, fundamentando que en este supuesto no concurre la condición que establece el propósito del hombre de ejercer dominio sobre la mujer. El TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia 91/2018, de 29 de junio, considera que la agravante de discriminación por razón de género sí es aplicable en este supuesto y, finalmente, el TS dicta la sentencia objeto de análisis desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Valencia.

El TS se pronuncia sobre una cuestión que había originado diversidad de criterios en la jurisprudencia y en la dogmática. La cuestión es sobre si el art 153.1 CP relativo al delito de lesiones o maltrato leve a la mujer pareja sentimental del sujeto activo se debería o no exigir el *animus machista* como elemento subjetivo del injusto. En un anterior pronunciamiento, con la STS 677/2018 el TS consideró que *exigir ese elemento subjetivo del tipo en el art 153.1 supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento del tipo como elemento subjetivo del injusto*. Con la sentencia objeto de análisis, el TS confirma esta posición estableciendo que el delito de lesiones recogido en el art 153.1 CP no exige que se constate un propósito o fin del autor

del delito como elemento subjetivo del injusto, como sí que se había establecido en anteriores sentencias en las que se exigía como condición el propósito del sujeto activo de ejercer dominio sobre la mujer. Seguidamente dice que si ese artículo no exige un elemento subjetivo del injusto tampoco lo puede exigir la agravante de discriminación por razones de género del art 22. 4ª por entender que ambos preceptos tienen el mismo fundamento, estableciendo que *sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 del CP nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima. La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer relacionada socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una 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.*

Resulta de interés resaltar que el TS en esta sentencia confirma que no se requiere una relación de pareja para apreciar la agravante objeto de estudio, pero, hasta la fecha las sentencias en las que se ha aplicado tal circunstancia han sido todas en supuestos de hecho en los que existía una relación de pareja.

4. STS 444/2020, de 14 de septiembre.

Más adelante, la STS 444/2020, de 14 de septiembre, conoce de un supuesto en el que entre el sujeto activo y el sujeto pasivo no existía ningún tipo de relación sentimental

presente o previa. Se trata de un supuesto en el que el sujeto activo contrata los servicios de una prostituta a cambio de un precio. En este caso, se establece una relación ajena a la sentimental entre el sujeto activo y pasivo a cambio de un precio. Ambos sujetos se encuentran en un descampado cuando ella se dispone a informarle del coste de los servicios que el agresor ha contratado, a lo que él se niega golpeándola al tiempo que le decía textualmente “¿te enteras ya cómo va esto?” generando un clima de violencia y sometimiento. El agresor aprovecha esta situación para atacar la libertad sexual del sujeto pasivo y es condenado por un delito de agresión sexual en concurrencia con la circunstancia agravante de discriminación por razones de género.

Pese a que el requisito de la existencia de relación sentimental previa ya no era tenido en cuenta por el TS para apreciar la agravante, esta es la primera sentencia en la que aprecia tal circunstancia sin que la relación sentimental exista entre los sujetos. El TS llega a la conclusión de que no es necesaria que exista una relación de pareja basándose en que la introducción de esta circunstancia en la LO 1/2015 del CP se fundamenta en el Convenio de Estambul que como ya se ha dicho anteriormente, adopta un concepto amplio de violencia de género que abarca cualquier tipo de violencia contra las mujeres por el simple hecho de ser mujeres. Además, se reconoce la aplicación de la misma en los delitos contra la libertad sexual, que no son tipos de género específicos ¹¹.

Con esta sentencia el TS confirma la tesis sostenida en la sentencia anterior en la que dispone que ya no es necesario que el sujeto activo actúe con un concreto *animus machista* contra la mujer con el objetivo de colocarla en una posición subordinada, sino que con la acción que realice, la consecuencia que se dé sea esa, que la mujer se coloque en una posición subordinada socialmente. En su fundamento jurídico tercero el TS dice que *en el supuesto que ahora nos ocupa, los hechos se producen en un contexto de relaciones sexuales a cambio de precio. El holograma que perpetua tradicionales roles de dominación aflora parejo a la negativa del acusado a retribuir los servicios que*

¹¹ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la sentencia del tribunal supremo número 444/2020, de 14 de septiembre”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2021, 3^a Época, núm. 25, pp. 352-353.

pretende disfrutar, y yuxtapuesto al violento ataque para conseguir su propósito. La secuencia histórica que el relato de hechos probados reproduce describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión "te enteras ya cómo va esto" tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal. Los presupuestos sobre los que asienta la agravante cuestionada surgen con nitidez, suficientemente diferenciados y como un plus respecto de los que conforman la tipicidad del delito de violación.

Por lo tanto, y según el criterio que actualmente sigue el TS ya no es necesario probar un específico elemento subjetivo conocido como “animus machista”, sino que será necesario probar que la acción que se realice es machista en sí misma.

5. STS 66/2022, de 27 de enero.

Concluyendo el análisis, el TS se ha vuelto a pronunciar de nuevo sobre el tema con la STS 66/2022, de 27 de enero. En este caso, el sujeto activo había mantenido una relación sentimental con Martina, la cual finalizó la relación existente entre ambos, aunque el acusado no aceptase esta ruptura. Posteriormente, una noche el acusado se encuentra con Martina en el exterior de un bar hablando con un chico. Al ver esto el acusado se impulsa contra el chico propinándole un fuerte puñetazo en la cabeza que le causó lesiones de gravedad cayéndose al suelo y golpeando su cabeza contra el mismo

suelo. Finalmente, el hombre falleció. Los hechos probados establecen textualmente que “el único motivo de la agresión fue el que Fulgencio se relacionase con la ex pareja sentimental del agresor momentos antes de ser agredido, independientemente de que dicho contacto entre Fulgencio y Martina derivara o no de una relación previa que ya se había iniciado entre ambos” y por ello la AP condena al acusado en sentencia, de 21 de enero de 2021, como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio concurriendo la agravante de género, a la pena de doce años y once meses de prisión. Dicha sentencia es recurrida en apelación por el acusado ante el TSJ del País Vasco que estimó parcialmente el recurso en la sentencia 51/2021, de 3 de junio de 2021, declarando que no concurre la circunstancia agravante de género y rebajando la pena al acusado a once años y seis meses de prisión. Frente a esta sentencia interponen un recurso de casación la acusación particular y el MF alegando, entre otras cosas, la indebida aplicación del art 22.4^a del CP pues entienden que el acusado mató a Fulgencio para ejercer su dominio frente a Martina. El TS señala lo siguiente:

1. “Puesto que el sujeto pasivo sufre el ataque por la voluntad del agresor de discriminar a Martina por razones de género, en este caso se debe analizar si el desvalor del delito aumenta cuando la víctima sufre la agresión porque el sujeto activo le atribuye factores diferenciales que desprecia, o si, por el contrario la agravación se produce siempre que se comete un delito despreciando los valores constitucionales que amparan la singularidad de determinados colectivos contenidos en los arts. 10, 13.1 y 14 de la CE, aun cuando ninguno de sus integrantes resulte directamente lesionado por el comportamiento típico, esto es, que la circunstancia agravatoria se construye para la defensa de unos valores comunes de respeto y convivencia”. El TS considera que la cuestión debe resolverse conforme a la primera tesis.

2. Además, establece que “el delito cometido tiene que venir impulsado por razones de discriminación y que el comportamiento enjuiciado entrañe un concreto desprecio de los elementos diferenciales que el sujeto activo asigna a la víctima, de modo que la agravación resulte inaplicable cuando el autor

actúa por motivos racistas o de discriminación, pero la acción no se despliega contra ninguno de los que integran el colectivo que resulta atacado. Por ello, entiende que no sería apreciable la agravación cuando el sujeto pasivo de la actuación delictiva no sufre directamente las consecuencias derivadas de la exclusión”. “Considera que el mantenimiento de la estructura descriptiva de la agravante no se configura de tal forma que la aplicación de la discriminación por razones de género pueda operar de manera distinta a como lo hacen el resto de circunstancias, ya que todas exigen que la discriminación que impulsa al sujeto a cometer el delito se proyecte sobre la víctima”.

3. “El concepto de víctima al que hace referencia el art. 22. 4ª CP no es el mismo al que se refiere el art 2 del estatuto de la víctima, que expande el concepto de víctima hacia los perjudicados indirectos en los casos de muerte o de desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito”. “Sin embargo, esta consideración legal de víctima que se establece para definir su estatuto no puede ser susceptible de interpretación extensiva para su operatividad en preceptos penales sancionadores”.

Según lo expuesto, finalmente el TS desestima el recurso interpuesto afirmando por tanto que en este caso la agravante objeto de estudio no puede apreciarse.

3.2.1 Recapitulación y opinión personal.

De cuanto se ha expuesto en este apartado, la posición que el TS mantiene actualmente acerca de la agravante de discriminación por razones de género es la siguiente:

La agravante objeto de estudio se puede apreciar con independencia de que exista una relación o no entre los sujetos activo y pasivo del delito, adoptando entonces el concepto de violencia de género recogido en el Convenio de Estambul. El TS considera

además que ya no es necesario que se tenga que probar la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto o un animus machista, sino que considera que la agravante tiene una fundamentación objetiva basada en la asimetría de la relación existente entre ambos sujetos reflejo de la discriminación.

En cuanto a la nueva concepción del TS respecto a la agravante de género como circunstancia de carácter objetivo, nuestra opinión personal se pondrá de manifiesto en un apartado posterior puesto que para poder emitirla es necesario comentar la última reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de ese precepto.

4. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son, como su propio nombre indica, circunstancias que modulan la pena que conlleve el delito cometido. En cuanto a la fundamentación de tales circunstancias modificativas, existe un debate doctrinal acerca de si la misma es dogmática, ubicándose entonces dentro de la teoría del delito y afectando a la culpabilidad o al injusto o, si su fundamento es político criminal ubicado dentro de la teoría de la pena. Según QUINTERO OLIVARES “esta dicotomía no se puede establecer categóricamente”¹² y en opinión de SAN MILLÁN FERNÁNDEZ tampoco, puesto que, “en nuestro Código Penal, además de existir circunstancias que modulan la responsabilidad atendiendo a la culpabilidad o al injusto cometido, también existen otras que se basan en razones político-criminales”¹³.

¹² QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F.: *Parte general del derecho penal*. 5ª Edición. Aranzadi, Navarra, 2015.

¹³ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., pp. 327-328.

La doctrina mayoritaria se ha decantado desde siempre por la fundamentación dogmática de las mismas distinguiendo además entre varios tipos ¹⁴:

1. Circunstancias subjetivas que afectan a la culpabilidad y que por ende no son transmisibles al resto de sujetos partícipes en el delito.
2. Circunstancias objetivas que afectan a la antijuridicidad que, al contrario de las subjetivas, sí que son comunicables al resto de sujetos.

Se entiende que esta fundamentación se ha basado en el anterior artículo 60 TRCP, actual art 65 CP que en su apartado 1, recoge las circunstancias que afecten al sujeto por ser personales que solo modifican la responsabilidad de aquellos sujetos en quienes concurren y en el 2 recoge las circunstancias objetivas que afectan al hecho y que solo afectan a aquellos sujetos que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito ¹⁵.

Según DIEZ RIPOLLÉS lo que con este artículo pretendía el legislador era establecer la vigencia del principio de culpabilidad en estas circunstancias. Además, establece que, aunque con este artículo se pretendan clasificar las circunstancias en uno u otro apartado distinguiendo entre subjetivas u objetivas, esto no es posible. Por ejemplo, la circunstancia mixta de parentesco es aquella que se aprecia según la relación personal existente entre los sujetos del delito. Según el art 65.1 modificaría la pena únicamente de los sujetos en quienes concurre y sin embargo en nuestra opinión, afecta al injusto y sin embargo según la doctrina mayoritaria afecta al injusto ¹⁶.

¹⁴ Véase, por todos, DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXX, 1977, p. 644.

¹⁵ Véase, en mayor profundidad, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 329.

¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español”, cit., p. 598.

Sin embargo, MIR PUIG considera que las circunstancias agravantes no pueden afectar a la culpabilidad porque no puede buscarse el fundamento de las mismas en la mayor o menor culpabilidad del sujeto, ya que entiende que no puede haber una mayor culpabilidad ¹⁷. Consideramos que tiene razón MIR PUIG cuando dice que las circunstancias agravantes no pueden afectar a la culpabilidad precisamente porque no pueden elevar la imputación personal del sujeto ¹⁸.

Antes de analizar la fundamentación doctrinal acerca de si la circunstancia objeto de estudio tiene carácter subjetivo u objetivo es necesario partir tal y como expone SAN MILLÁN FERNÁNDEZ de 3 ideas importantes ¹⁹ :

1. Existen en nuestro CP circunstancias que afectan a la culpabilidad, al injusto o a razones político-criminales.
2. Las circunstancias subjetivas del art 65.1 CP basadas en la culpabilidad del sujeto y las objetivas del art 65.2 CP basadas en el injusto no se encuentran vinculadas entre sí.
3. Por último, las circunstancias agravantes no incrementan la culpabilidad del sujeto en quien concurren.

1. Fundamentación subjetiva.

Dicho esto, tanto la Jurisprudencia Menor, como una parte de la doctrina, e incluso el TS hasta la STS 99/2019, de 26 de diciembre, anteriormente comentada, consideran que la circunstancia objeto de estudio es de carácter subjetivo puesto que incrementa la culpabilidad del sujeto por la especial motivación que impulsa al sujeto a cometer el delito

¹⁷ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 10ª Edición. Barcelona. 2015.

¹⁸ En este sentido, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 330.

¹⁹ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 331.

y que por tanto se basa en los móviles del autor agravando la responsabilidad penal únicamente de los sujetos en quienes concurra ²⁰. Por lo que, en este caso, el fundamento en el que se basan sigue la tesis según la cual las circunstancias subjetivas afectan a la culpabilidad del sujeto ²¹.

Por su parte MIR PUIG, considerando que las circunstancias agravantes no pueden afectar a la culpabilidad, otorga un fundamento subjetivo a la agravante objeto de estudio no basando su fundamentación en la culpabilidad del sujeto sino en el incremento del injusto subjetivo, esto es, que junto al injusto propio del delito cometido se añade la negación del principio de igualdad regulado en la CE ²².

2. Fundamentación objetiva.

Otra parte de la doctrina sin embargo considera que basarnos en esta tesis subjetiva tendría como consecuencia entender que el fundamento de la agravante se basa en la ideología machista del sujeto activo que le lleva a cometer el delito. En definitiva, esta tesis nos llevaría a un Derecho penal de autor puesto que basa la fundamentación de la agravante en la concreta personalidad que el sujeto activo del delito tenga. Así LAURENZO COPELLO considera que para que la fundamentación de esta circunstancia se adecúe a un Derecho penal del hecho y por ende se establezca una justificación de carácter objetivo, la mayor penalidad se explica porque por un lado se lesiona el bien jurídico protegido de la víctima y por otro el derecho a la igualdad del sujeto pasivo a ser

²⁰ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. Madrid. 2004, p. 161. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal*. Parte General, Valencia, 2015; ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante de discriminación”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo- L-H al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.

²¹ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 331-332.

²² MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*. Parte General, cit., p. 623.

tratado de esta manera. En opinión de esta autora, esa mayor penalidad se encuentra en la lesión a la igualdad ²³.

En este mismo sentido DE LA CUESTA AGUADO considera que la circunstancia tiene una fundamentación objetiva porque se basa en una situación de victimización social que existe respecto de las mujeres por el mero hecho de serlo. De este modo, se puede aplicar la circunstancia objeto de estudio, cuando el delito sea manifestación de esa discriminación, es decir, cuando la conducta sitúe al sujeto pasivo en una situación de inferioridad respecto del agresor. En este sentido, la violencia contra las mujeres cada vez es menor, pero sigue existiendo en todos los aspectos, por lo que no se trata de una discriminación basada en el sexo del sujeto que la soporta sino en el papel o rol que ese sujeto tiene asignado en la sociedad ²⁴. La agravante objeto de estudio sin embargo, no sería aplicable automáticamente cuando el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer, sino que será necesario probar también que el hombre actúa queriendo manifestar su posición de superioridad frente a la víctima ²⁵.

²³ LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación en el Código penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19. 1996.

²⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “Machismo y violencia. El concepto de «violencia de género penal»”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género y Justicia*. Santiago de Compostela. 2013, pp. 63-64. En este mismo sentido, véanse, SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, cit., p. 336. y AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, p. 63.

²⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “Machismo y violencia. El concepto de «violencia de género penal»”, cit., p. 64.

5. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL ARTÍCULO 22. 4^a CP POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

En el año 2021 entró en vigor la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, como ya se ha comentado anteriormente, con el objetivo de combatir como hemos comentado anteriormente la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una perspectiva integral tratando de proteger a los menores de cualquier tipo de violencia entre las que se encuentra la violencia de género. Esta ley introduce las siguientes reformas:

En primer lugar, la LO 8/2021 ha ampliado el concepto de violencia de género recogido en la Ley Integral. En este sentido la disposición final décima de esta ley ha modificado la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género añadiendo un cuarto apartado en su artículo 1, que queda redactado de la siguiente manera: “La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”. Por lo tanto, el concepto de violencia de género a los efectos de esta ley se ha ampliado a los familiares o allegados menores de edad de la mujer siempre y cuando esa violencia se ejerza con el objetivo de causar daño a esta.

En segundo lugar, la LO 8/2021 modifica la LO 10/1994, de 23 de noviembre, del Código Penal quedando la circunstancia del artículo 22. 4^a redactada de la siguiente forma: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con

independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”. De este modo el legislador ha añadido un último inciso en la redacción de esta circunstancia estableciendo que es indiferente si la circunstancia de discriminación concurre o no efectivamente sobre la persona en la que recaiga la conducta, es decir, sobre el sujeto pasivo.

Según la STS 66/2022, de 27 de enero, anteriormente comentada, esta modificación no supone que el legislador haya dejado de exigir que el autor proyecte su desprecio sobre el sujeto pasivo de la acción delictiva, razón por la cual, se sigue exigiendo que la motivación que impulsa el delito este referida a determinadas condiciones que atribuye a la víctima, pero resulta irrelevante que estas circunstancias sean realmente concurrentes o que se hayan atribuido a la víctima de forma errónea o ficticia. Sin embargo, es preciso destacar que en contra de lo que era ya una jurisprudencia consolidada, el sujeto pasivo del delito ya no tiene por qué ser la mujer, sino que puede ser cualquier persona, hijo o allegado menor siempre que el delito se cometa con el ánimo de dañar a la mujer.

De estas reformas se derivan una serie de consecuencias:

En primer lugar, en relación con el requisito de que el sujeto pasivo del delito sea siempre una mujer, que venían exigiendo de forma unánime la jurisprudencia, en relación con la aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género, al igual que exigía que la específica circunstancia por la que se ejerciera la discriminación de las circunstancias establecidas en el artículo 22. 4ª concurriese siempre sobre el sujeto pasivo, y la doctrina, ya no va a tener que ser siempre la mujer puesto que van a poder ser los hijos menores o allegados de la mujer siempre que, como ya se ha dicho anteriormente, el objetivo del sujeto activo sea dañar a esta última. Resulta criticable en mi opinión sobre esto, que el legislador no haya atendido las demandas doctrinales que venían exigiendo la eliminación del requisito de la relación de pareja entre los sujetos del delito y por tanto no ha asumido el concepto de violencia de género establecido en el Convenio de Estambul, lo que resulta criticable teniendo en cuenta que supuestamente esta

circunstancia trae causa de la ratificación de este Convenio. Entiendo, en el mismo sentido que SAN MILLÁN FERNÁNDEZ que la modificación operada por la LO 8/2021 contradice la jurisprudencia consolidada existente en nuestros Tribunales que venían exigiendo la necesidad de acreditar la pertenencia de la víctima al grupo discriminado ²⁶. Sin embargo, se llega a considerar como supuestos de violencia de género aquella que se ejerza sobre los familiares o allegados menores de la mujer. Según SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, se trata de una previsión sumamente indeterminada que lo único que va a causar van a ser dudas interpretativas acerca del término “allegados”, opinión que comparto ²⁷.

En segundo lugar, se confirma que el legislador ha asumido una concepción puramente subjetiva de la circunstancia porque en el art 22. 4ª únicamente le otorga importancia al móvil del autor, considerando que es indiferente que concurra o no la causa de discriminación en el sujeto pasivo. Y lo mismo en cuanto al hecho de que puedan ser los hijos o los allegados menores los sujetos pasivos del delito, ya que a lo que se le da relevancia es a que el objetivo del autor sea dañar a la mujer. De ello se deriva, según SAN MILLÁN FERNÁNDEZ que “si se ha cometido el delito por alguna de las razones discriminatorias enumeradas en el precepto, la agravante será de aplicación, aunque en el sujeto pasivo no concurran realmente las cualidades que el sujeto activo le atribuía –y en atención a las cuales ejecutó el hecho-” ²⁸.

Por último, en cuanto a la introducción de ese último inciso en el artículo 22. 4ª en el que se establece que resulta indiferente que las causas de discriminación concurran o no en el sujeto pasivo, se deriva que si el sujeto activo comete el delito creyendo que el

²⁶ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: "La agravante de discriminación por razones de género (art. 22. 4ª CP)", en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Violencia contra la mujer. manual de Derecho penal y procesal penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, pendiente de publicación.

²⁷ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: "La agravante de discriminación por razones de género (art. 22. 4ª CP)", cit.

²⁸ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: "La agravante de discriminación por razones de género (art. 22. 4ª CP)", cit.

sujeto pasivo es una mujer como manifestación de discriminación a la mujer por el mero hecho de serlo, y finalmente resulta que el sujeto pasivo es un varón, la agravante objeto de estudio podrá ser aplicada²⁹. Esta clara entonces, la posición subjetiva que el legislador ha asumido, basando la aplicación de la agravante de género en los motivos que lleven al sujeto activo a cometer el delito. Sin embargo, en nuestra opinión, entendemos que la circunstancia objeto de estudio debería tener una justificación objetiva que basase su fundamentación tanto en la lesión al bien jurídico protegido del sujeto pasivo como en la lesión o atentado a la igualdad como valor real que debe protegerse³⁰. Consideramos que la fundamentación de la circunstancia no debería basarse en los móviles del autor, sino en un mayor desvalor del resultado como anteriormente se ha explicado en el apartado en el que se trata esta cuestión. En consecuencia, consideramos que esta causa no debería de tener un fundamento subjetivo y por tanto no habría de ser una causa de naturaleza personal en atención a la concreta motivación que le conlleva al sujeto a cometer el delito, sino que, al contrario, consideramos que la circunstancia debería ser comunicable a todos aquellos sujetos partícipes que hayan tenido conocimiento de ello en el momento de la ejecución del delito³¹.

6. CONCLUSIONES.

I. Las razones de género se introducen como circunstancia agravante en nuestro Código Penal con la LO 1/2015, de 30 de marzo, entre las causas previstas en el artículo 22. 4ª. Este cuarto apartado del artículo 22 del CP se fundamenta en el artículo 14 de la Constitución Española. Sin embargo, a pesar de que este último prohíbe toda clase de discriminación, por su parte el artículo 22. 4ª del CP enumera un *númerus clausus* de circunstancias que agravan la responsabilidad penal del sujeto que incurra en ellas.

²⁹ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: "La agravante de discriminación por razones de género (art. 22. 4ª CP)", cit.

³⁰ LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación en el Código penal de 1995", cit., p. 281.

³¹ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: "Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género", cit., p. 333.

II. Este artículo 22. 4ª ha sido modificado en diversas ocasiones incluyendo dentro del mismo un número más amplio de circunstancias, siendo las dos modificaciones más recientes las operadas por la LO 8/2021, de 4 de junio, en la que se incorpora “la comisión del delito por razones de aporofobia o de exclusión social” y por la LO 6/2022, de 12 de julio, que añade “los motivos antigitanos”.

III. Por lo que respecta al concepto de violencia de género, es preciso destacar que entre su regulación nacional e internacional existen grandes diferencias. Por un lado, el Convenio de Estambul, de 7 de abril de 2011, entiende por violencia de género toda aquella que se dé contra la mujer por el mero hecho de ser mujer. Por otro lado, en lo que respecta a la normativa nacional, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, circunscribe su ámbito de aplicación y entiende que la violencia de género concurre únicamente en las relaciones de pareja. La última reforma que afecta al concepto de violencia de género dentro de la normativa nacional se introduce con la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que amplía el ámbito de aplicación de la agravante objeto de estudio cuando esa violencia se produzca contra familiares y allegados menores de la mujer siempre que el objetivo del sujeto activo sea dañar a la mujer con la acción delictiva que realice. En consecuencia, existe un contraste entre los conceptos establecidos dentro de la normativa nacional y el concepto de violencia de género recogido en el citado Texto Internacional, lo que genera múltiples disfunciones.

IV. La aplicación jurisprudencial de la agravante de discriminación por razones de género ha tenido diferentes interpretaciones. En un primer momento y hasta el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo, la Jurisprudencia Menor fundamenta la interpretación de la agravante de género en el carácter subjetivo de la circunstancia basada en la culpabilidad del sujeto que comete el delito por un

móvil discriminatorio con el objetivo de ejercer dominio y una posición de superioridad frente a la mujer, que en todo caso deberá estar o haber estado unida al sujeto activo por una relación de pareja o análoga de afectividad, aun sin convivencia. Sin embargo, se ha podido comprobar como aún dándose los requisitos exigidos para la apreciación de la agravante objeto de estudio, los tribunales han llegado a soluciones completamente distintas apreciando algunos la circunstancia y otros no.

V. A partir del primer pronunciamiento del Tribunal Supremo, la posición que éste ha ido sosteniendo en relación con la circunstancia agravante de género ha pasado por distintas interpretaciones. En un primer momento su posición era la misma que defendía la Jurisprudencia Menor, es decir, basada en ese móvil subjetivo cuando el sujeto pasivo fuese mujer y estuviesen unidos por una relación matrimonial o de afectividad análoga y el propósito del sujeto activo sea el de ejercer dominio contra la mujer.

VI. Posteriormente, el TS cambia de criterio considerando la aplicación de la agravante de género con independencia de la relación de afectividad que exista o hubiese existido entre ambos sujetos, recogiendo el concepto del Convenio de Estambul. Más adelante, el TS entiende que para poder apreciar la agravante de género no se puede exigir un elemento subjetivo del injusto y, además considera que si no se da una relación sentimental habrá de constatarse una asimetría en la relación entre los sujetos que refleje esa situación de discriminación. En posteriores sentencias, el TS cambia de criterio y actualmente el fundamento que defiende es objetivo y asume un concepto de violencia de género amplio considerando que la existencia de una relación sentimental presente o previa entre ambos sujetos no es necesaria.

VII. En cuanto a la doctrina, existe un debate acerca de si la fundamentación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género es subjetiva u objetiva. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera

que la circunstancia objeto de estudio es de carácter subjetivo puesto que incrementa la culpabilidad del sujeto por la especial motivación que impulsa al sujeto a cometer el delito y es por ello por lo que agrava la responsabilidad únicamente de aquellos sujetos en quienes concurra. Otros autores otorgan también un fundamento subjetivo a la agravante, pero basando su fundamentación en el incremento del injusto subjetivo, entendiendo que junto al injusto propio del delito cometido se añade la negación del principio de igualdad. Y finalmente, otro sector relevante de la doctrina sostiene una fundamentación objetiva de la agravante de género, considerando que la mayor penalidad se explica porque se lesiona el bien jurídico protegido por el delito de que se trate y, además, como valor añadido, la igualdad del sujeto pasivo puesto que el delito ha de ser manifestación de una situación de victimización social que existe respecto de las mujeres por el mero hecho de serlo.

VIII. Las reformas operadas por la LO 8/2021, ya comentadas, han derivado a una serie de consecuencias. En primer lugar, la ampliación del concepto de violencia de género a los supuestos de violencia que tengan lugar contra los hijos o allegados menores de la mujer siempre que el objetivo del sujeto activo sea dañar a esta. A este respecto, resulta relevante resaltar que la ampliación de este concepto no ha atendido a las demandas doctrinales ni ha asumido el concepto de violencia de género recogido en el Convenio de Estambul y, además, la amplitud del término allegados va a generar serias dudas interpretativas. Y, en segundo lugar, el legislador penal confirma que ha optado por una fundamentación puramente subjetiva de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género puesto que ha establecido que resulta indiferente que las causas de discriminación del artículo 22. 4ª concurran o no en el sujeto pasivo y por tanto a lo que se da relevancia es a la intención del autor, es decir, a los motivos que lleven al sujeto activo a cometer el delito.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CÁRCELES, M. M.; “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón de género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en MORILLAS CUEVA, L., /dir): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 53 a 71.

ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante de discriminación”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. L-H al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 533-542.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Madrid. 2004.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. “Machismo y violencia. El concepto de «violencia de género penal»”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género y Justicia*. Santiago de Compostela. 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXX, 1977, págs. 597 a 649.

GALDEANO SANTAMARÍA, A. “Violencia de género y en el ámbito doméstico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial, Vol. I, Delitos contra las personas*, 3ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación en el Código penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19. 1996.

MAJON-CABEZA OLMEDA, A. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S; CUBILLO LÓPEZ, I.J; JAEN VALLEJO, M; MAJON-CABEZA OLMEDA, A; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J; REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*. Editorial Colex, Madrid, 2006.

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

MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.

NÚÑEZ CASTAÑO, E. “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código Penal)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. Núm. 12. Pp. 95-146.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. y REQUEJO NAVEROS, M.T.: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en ARAGONESES MARTÍNEZ, S; CUBILLO LÓPEZ, I.J; JAEN VALLEJO, M; MAJON-CABEZA OLMEDA, A; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J; REQUEJO NAVEROS, M.T., *Tutela penal judicial y tutela judicial frente a la violencia de género*. Editorial Colex, Madrid, 2006.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. (2021) “La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la sentencia del tribunal supremo número 444/2020, de 14 de septiembre”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 25. Pp. 343-361.

PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.



QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F., *Parte general del derecho penal*. 5ª Edición. Aranzadi, Navarra, 2015.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. “Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2019, vol. XXXIX, núm. 39, pp. 303-351.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. “La aplicación jurisprudencial de la agravante de discriminación por razones de género”, en CARRASCO ANDRINO, MARIA del MAR., *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020. Pp. 375-392.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. "La agravante de discriminación por razones de género (art. 22. 4ª CP)", en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Violencia contra la mujer. manual de Derecho penal y procesal penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, pendiente de publicación.