

Trabajo Fin de Grado

Análisis de la circunstancia agravante de cometer
un delito por motivos discriminatorios por razones
de género del artículo 22.4 del Código Penal

Autora

Marta Viar Tobajas

Directora

M^a Ángeles Rueda Martín

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

2019

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS.....	4
II.	INTRODUCCIÓN.....	5
III.	EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS DEL ARTÍCULO 22.4 CP.....	8
IV.	CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZONES DE GÉNERO.....	12
	1. ORÍGENES.....	12
	2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	14
	3. DIFERENCIACIÓN RESPECTO A LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZÓN DEL SEXO DE LA VÍCTIMA.....	19
	4. PROBLEMAS EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZONES DE GÉNERO.....	21
	4.1. Compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco del art. 22.3 CP.....	21
	4.2. Incompatibilidad con la agravación específica que contemplan los artículos vinculados con la violencia de género y otros tipos penales en los que ya se aprecia la razón de género.....	22
V.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	24
	1. ESTADÍSTICAS.....	24
	2. DELITOS DE ASESINATO/HOMICIDIO.....	25
	2.1.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2018 de 19 de noviembre de 2018.....	25
	2.2.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2018 de 27 de noviembre de 2018.....	26
	2.3.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 707/2018 de 15 de enero de 2019.....	26

2.4.Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 11/2018 de 3 de mayo de 2018.....	27
3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.....	27
3.1.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 99/2019 de 26 de febrero de 2019.....	27
3.2.Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) núm. 4/2018 de 6 de febrero de 2018.....	28
3.3.Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) núm. 175/2017 de 29 de mayo de 2017.....	29
3.4.Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) núm. 144/ 2017 de 2 de mayo de 2017.....	30
4. DELITOS DE LESIONES GRAVES CON RESULTADO DIFERENCIADO (ARTS. 149 Y 150 CP).....	31
4.1.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018.....	31
5. DELITO DE AMENAZAS (ART. 169 CP).....	32
5.1.Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª) núm. 517/2017 de 4 de diciembre de 2017.....	32
6. VALORACIÓN GLOBAL.....	33
VI. CONCLUSIONES.....	34
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	37

I. ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

Arts: Artículos.

AP: Audiencia Provincial.

CE: Constitución Española.

Cit.: Obra citada

Coord.: Coordinador.

CP: Código Penal.

Dir.: Director.

ed.: Edición.

LO: Ley Orgánica.

LO 1/2004: LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Núm.: Número.

OJ: Ordenamiento jurídico.

p., pp.: Página, páginas.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

II. INTRODUCCIÓN

La cuestión que se abordará en el trabajo es el estudio y análisis de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género prevista en el art. 22.4 CP¹ e introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La razón de la elección del tema es mi especial interés por la investigación de la violencia de género, tema que me empezó a suscitar un gran interés desde que cursé la asignatura de Derecho Penal. La violencia de género constituye una lacra existente en nuestra sociedad contra la que debemos combatir, por ello hay que dotarle de una protección específica, y una forma de hacerlo, precisamente, es a través de la introducción de la mencionada circunstancia agravante objeto de estudio, ya que amplía considerablemente el número de tipos delictivos en los que se podrá tener en cuenta la actitud del hombre de dominación y de sometimiento a la mujer (con los requisitos que en su momento veremos), y no reservándose exclusivamente a los delitos vinculados con la violencia de género con anterioridad a la reforma del CP de 2015, los cuales estaban regulados en los arts. 148.4 (lesiones), 153.1 (malos tratos), 171.4, 5 y 6 (amenazas leves), 172.2 (coacciones leves) y 173.2 y 3 (violencia doméstica habitual). La introducción de esta agravante en el art. 22.4 CP deja totalmente claro por parte del legislador que actuar por motivos discriminatorios por razones de género es una forma de discriminación equiparable a cometer el delito por motivos racistas, religiosos o ideológicos, entre otros. Así, la reforma del CP se ajusta a un derecho antidiscriminatorio, que cada vez va cobrando más fuerza.

Además, me parece interesante realizar un estudio de esta novedosa -y polémica- circunstancia agravante porque actualmente existen pocos estudios sobre la misma.

En consecuencia, considero que el tema del presente Trabajo de Fin de Grado es interesante debido a su actualidad, ya que aparece todas las semanas en los medios de comunicación. Asimismo, a nivel personal, opino que realizar esta investigación me va a ofrecer una formación completa, muy enriquecedora, y me va permitir ser capaz de

¹ Art. 22. 4 CP: «Son circunstancias agravantes: 4.^a 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, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

debatir con una variedad de argumentos sobre la violencia de género, objetivo que venía buscando desde que cursé, como ya he dicho, la asignatura de Derecho Penal.

Los objetivos básicos de investigación a desarrollar son, a partir del análisis de artículos doctrinales y jurisprudencia, delimitar el concepto y el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios por razones de género, diferenciarla de otras figuras jurídicas similares, examinar su aplicación en la práctica, así como establecer si realmente era necesaria esta agravante o, si por el contrario, era suficiente con la regulación anterior ya prevista en el CP y en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para la elaboración del trabajo he abordado el tema desde dos puntos de vista. Por un lado, desde el punto de vista de la naturaleza y ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género y, por otro lado, desde el punto de vista de su aplicación por parte de los tribunales de justicia.

Desde la primera perspectiva, he comenzado con un estudio general sobre la circunstancia agravante genérica de cometer un delito por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP. A continuación, centrándome ya en la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, he ahondado en los orígenes de su introducción en el CP, y he delimitado el concepto de la circunstancia agravante. Asimismo, he establecido su diferenciación respecto a la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razón del sexo de la víctima. Posteriormente, he analizado algunos problemas en torno a la aplicación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género tales como su compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco del art. 22.3 CP; y su incompatibilidad con la agravación específica que contemplan los arts. vinculados con la violencia de género y otros que tienen en cuenta la discriminación por razones de género. Para la realización de este primer bloque, me he ayudado de numerosos artículos doctrinales y de resoluciones de los tribunales de justicia y, además, he indicado cuál es la posición tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en los aspectos mencionados.

Desde la segunda perspectiva, primero, a modo de introducción, me ha parecido interesante añadir unas estadísticas realizadas respecto a la aplicación práctica de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de

género, así como respecto a los delitos en los que se ha aplicado. Asimismo, he analizado las sentencias más importantes en las que se ha aplicado la agravante, las cuales han sido dictadas por el TS, así como otras dictadas por otros órganos jurisdiccionales pero que igualmente son de gran interés. A partir del análisis de todas ellas, he extraído los requisitos comunes para la aplicación de la agravante.

Analizado todo lo expuesto, he extraído mis propias conclusiones sobre esta controvertida circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

III. EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS DEL ARTÍCULO 22.4 CP

La circunstancia agravante consistente en cometer un delito por motivos discriminatorios fue introducida por la LO 4/1995 de 11 de mayo, de modificación del CP. La Exposición de Motivos de la mencionada LO señala que «se introduce una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima», y se justifica en que «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella». De esta forma el Estado pretende contemplar en su legislación, mediante esta modificación del CP de 1973, las manifestaciones del Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

Con la reforma del Código Penal de 1995, en un primer momento, se tipifica en el art. 24 la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, entre ellas, la ideología, la religión o creencias de la víctima, la étnica, la raza o nación, el sexo, la orientación sexual, la enfermedad, o la minusvalía (luego expresado como discapacidad). En un segundo momento, la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce la discriminación por identidad sexual. Finalmente, y en lo que aquí nos interesa, la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce un nuevo motivo de discriminación: el género.²

En definitiva, esta circunstancia agravante genérica concede una protección específica a determinados colectivos identificados por ciertas características que pueden ser objeto de prejuicio y trato desigual.³

² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 2018, p. 1.

³ BORJA JIMÉNEZ, E., «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 119.

Respecto al fundamento de esta agravante, la doctrina se encuentra dividida. Un sector de la doctrina rechaza el fundamento de la agravación que implica esta circunstancia agravante al estimar que pertenece al fuero interno del sujeto activo, esto es, al basarse en la motivación interna del autor sin tomar en consideración la conducta realizada.⁴

Un amplio sector de la doctrina⁵, por el contrario, encuentra que el fundamento no reside en la motivación, sino en que la conducta del sujeto activo lesiona, además del bien jurídico propio del delito que se comete, otros valores constitucionales esenciales, como los contemplados en los arts. 10⁶, 13.1⁷ y 14 CE⁸. Dentro de este sector, algunos señalan que el fundamento se encuentra en el desvalor del resultado determinante de una mayor antijuricidad⁹, y otros en el desvalor de la acción determinante de una mayor culpabilidad.¹⁰

Otros autores señalan que del principio de igualdad se desprende el derecho del sujeto pasivo a no ser discriminado.¹¹

Otro sector señala que la circunstancia agravante tiene una naturaleza dual, en el sentido de que hay un elemento individual, entendido como el derecho que tienen todas las personas a ser tratadas iguales, y otro de carácter supraindividual, que consiste en la

⁴ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 524.; CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español. Parte general*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 161.; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 68.

⁵ ROMEO CASABONA, C./ SOLA RECHE, E./ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal... cit.*, p.324.; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson Reuters, 2011, p. 302; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 2016, p. 656. ARROYO DE LAS HERAS, A., visto en: GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 350.

⁶ Art. 10 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

⁷ Art 13.1 CE: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

⁸ Art. 14 CE: «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».

⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal...*, cit., p. 350.

¹⁰ FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas*, Comares, Granada, 2004, p. 167. En la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 8/2018 de 8 de marzo de 2018, p. 8, Cendoj.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3) núm. 274/2018 de fecha 12/06/2018, la p. 6, Cendoj; Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 565/2018 de 19 noviembre 2018, p. 7, Cendoj.

¹¹ LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995» en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XIX, 1996, p. 235.; REBOLLO VARGAS, R., «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal)» en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015, p.16.

pérdida del sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como resultado de la agresión.¹²

En mi opinión, el fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra, principalmente, en que el delito cometido por motivos discriminatorios supone la violación del principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 14 CE y del derecho a la no discriminación, así como del derecho a la dignidad de la persona que establece el art. 10 CE. Esta situación faculta para que se agrave el injusto del hecho que se comete porque además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito concreto, se lesiona el principio constitucional de igualdad. Esto conecta, asimismo, con la STS núm. 565/2018 de 19 de noviembre de 2018 que señala que el fundamento de las circunstancias agravantes recogidas en el art. 22.4 reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar a la víctima que la considera inferior, vulnerándose así el principio fundamental de igualdad.

La circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios posee dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, y en caso de fallar uno de ellos, ya no se podrá apreciar. El primero supone que la víctima pertenezca efectivamente al colectivo que se pretende proteger de toda clase de discriminación. El segundo elemento, el subjetivo, supone que el sujeto activo actúe con una intención de desprecio contra un miembro de algún colectivo desfavorable regulado en el art. 22.4, precisamente por formar parte de dicho colectivo. Es decir, que realice el hecho delictivo debido a la ideología, religión, creencia, etnia, raza, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad de la víctima.

Así lo afirma la STS núm. 314/2015 de 4 de mayo de 2015, que señala que para que se pueda estimar esta agravante es necesario probar el hecho delictivo, la autoría/participación del acusado, la condición de la víctima y la intencionalidad del acusado. Esta STS sigue diciendo que «el elemento subjetivo consiste en un ánimo de actuar por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo

¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, 2004, p.167 y ss.; HORTAL IBARRA, J.C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4º CP): una propuesta restrictiva de interpretación» en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012, p. 45.

aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno». ¹³

Por tanto, es un elemento determinante la intencionalidad del autor, lo que implica que no se aplica esta agravante solo por el mero hecho de pertenecer la víctima a una etnia, religión o género.

Finalmente, la STS núm. 1271/2006 de 24 de febrero de 2006¹⁴ señala que la circunstancia agravante se apreciará únicamente cuando haya una exteriorización clara, precisa e intencional de la motivación del hecho delictivo basada en motivos discriminadores o, dicho de otro modo, la circunstancia agravante no puede ser aplicada en base a la personalidad del autor, ya que lo que se castiga es la conducta (mediante la que se exterioriza su personalidad) y no la forma de ser del sujeto activo, pues de lo contrario supondría configurar un subtipo penal de autor, que no es admisible en el OJ de un Estado democrático¹⁵. En consecuencia, lo que se pretende no es castigar las creencias del autor, sino agravar la pena cuando el hecho delictivo sea realizado claramente con un móvil discriminatorio basado en las creencias del autor.

¹³ En la misma línea tenemos la STS núm. 1145/2006 de 23 de noviembre de 2006, la cual señala que «es necesario probar en esta agravante la condición de la víctima y, además, la intencionalidad del autor que sin duda supone una inferencia o juicio de valor que debe ser motivada».

¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 351, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1271/2006 de 24 de febrero de 2006, p. 6, Cendoj.

¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 352, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1089/1998, de 29 septiembre de 1998, p. 3, Cendoj; En la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018, pp. 6-7, Cendoj.

IV. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZONES DE GÉNERO

1. ORÍGENES

La inclusión de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género tiene su origen en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra violencia contra las mujeres y la violencia doméstica aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, al establecer que la introducción de la mencionada circunstancia agravante radica en que «el género, entendido de conformidad con el mencionado Convenio de Estambul como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».¹⁶ El género se entendería como una construcción histórica y social, mientras que el sexo sería algo meramente biológico.

Dicho Convenio fue ratificado por España el 18 de marzo de 2014, entrando en vigor el 1 de agosto de 2014. Este convenio es el primer tratado con efectos vinculantes en el ámbito europeo para combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, además de ser el instrumento internacional de mayor alcance para hacer frente a la lacra de la violencia de género.¹⁷ El Convenio de Estambul, en su Preámbulo, señala que «la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres».

El Convenio obliga a los Estados a adoptar una serie de medidas, estando ya la mayoría consolidadas en nuestra legislación. Entiende «por violencia contra las mujeres por razones de género toda violencia contra una mujer porque es una mujer

¹⁶ Exposición de motivos Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. apartado XXII pfo.2.

¹⁷ MUÑOZ COMPANY, M.J., «Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación vigente», en *Diario La Ley*, núm. 8606, 2015, p. 3.

o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada». En consecuencia, el sujeto pasivo puede ser cualquier mujer, no se restringe a quien sea o haya sido su cónyuge o a una persona que esté o haya estado ligada al sujeto pasivo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. No obstante, a pesar de que España ratifica el Convenio, no se adhiere a este concepto amplio de violencia de género. Una explicación a esta falta de adhesión reside en que la circunstancia agravante genérica contemplada en el art. 22.4 CP debe relacionarse con la LO 1/2004, y tal y como señala el art. 1.1 la violencia de género tiene lugar cuando ésta «se ejerce sobre las mujeres 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». Por tanto, en nuestra legislación la violencia de género se limita exclusivamente a las relaciones de pareja o expareja, ya sea presentes o pasadas.

En definitiva, la incorporación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género se lleva a cabo por la exigencia del Convenio de Estambul de reforzar las medidas para luchar contra violencia de género.

Asimismo, la inclusión de este nuevo motivo de discriminación ya fue propuesta con anterioridad por un sector de la doctrina¹⁸. *Comas D'Argemir*¹⁹ propuso establecer como circunstancia agravante genérica en todos los tipos penales recogidos en el CP los motivos machistas o de discriminación sexista hacia la mujer²⁰. Dicha propuesta fue calificada de razonable por algunas asociaciones de jueces²¹. Por su parte, otra asociación de jueces²² propuso que dicha agravante fuera bilateral, que pudiese aplicarse en caso de que una mujer maltrate a un hombre por el mismo motivo,

¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 63; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «La respuesta de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 2005, p. 152; BOLDOVA PASAMAR, M.A., RUEDA MARTÍN, M.A., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de Urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia género)», en *Diario La Ley*, núm. 6.146, 2004, p. 73.; COMAS D'ARGEMIR, M., «La ley integral contra la violencia de género: nuevas vías de solución», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova Pasamar, Rueda Martín (Coords.), Atelier, Barcelona, 2006, p. 35.

¹⁹ Entonces presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de género.

²⁰ <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=labba3cf05c5f11dcbc9d01000000000&srguid=i0ad6adc600000169aa45bd8ba8190d78&src=withinResuts&spos=36&epos=36>
Consulta realizada el 28 de febrero de 2019.

²¹ Portavoces de Jueces para la Democracia (JpD) y de la asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria, Inmaculada Montalbán y Manuel Torres-Vela.

²² Asociación Profesional de la Magistratura (APM).

y no solo a los casos de machismo²³. Por otro lado, en el Congreso de los Diputados también se hizo una propuesta de una nueva circunstancia agravante genérica²⁴ a través de una enmienda en la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, consistente en «Ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». ²⁵

2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como ya señalaba con anterioridad en el epígrafe III, para apreciar una circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP, en lo que aquí nos interesa, por razones de género, se tienen que dar dos elementos: el objetivo, que en este caso tendría lugar cuando la víctima tenga la condición de mujer, y el subjetivo, que tendría lugar cuando el autor -que siempre deberá ser un hombre- cometa un delito con una motivación discriminatoria hacia la mujer por razones de género.

Estos elementos coinciden con los requisitos necesarios establecidos en el art. 1 de la LO 1/2004 para que un hecho pueda ser calificado como violencia de género. Estos son: a) el acto violento debe ser ejercido por parte de un hombre; b) la víctima de la violencia debe ser una mujer que haya mantenido o mantenga una relación conyugal o relación de análoga afectividad aun sin convivencia, tanto presente como pasada, con el sujeto activo del hecho delictivo²⁶; c) la violencia se realiza con el fin de discriminar a una mujer o de hacer patente la situación de desigualdad o la relación de poder del hombre sobre la mujer²⁷ d) el acto violento comprende tanto la violencia física como la psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas,

²³ <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Iade819705c5f11dcbc9d01000000000&sruid=i0ad6adc600000169aa45bd8ba8190d78&src=withinResuts&spos=35&epos=35>
Vid, 28 de febrero de 2019.

²⁴ Grupo Mixto UPyD.

²⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E.B., «La agravante genérica...» *cit.*, p. 7.

²⁶ La STS núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018 se refiere a ello, estableciendo que para que sea de aplicación la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género el hecho delictivo de que se trate debe tener lugar en el ámbito de las relaciones de pareja (se entiende que incluye también a la relación de expareja).

²⁷ Así lo dijo también la STS núm. 1177/2009 de 24 de noviembre de 2009, al señalar que no hay violencia de género cuando la «acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista».

las coacciones o la privación arbitraria de libertad. En concreto, la circunstancia agravante genérica de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género es aplicable a los llamados «Delitos contra las personas», es decir, a todos los delitos que se encuentran en los diez primeros Títulos del Libro II, entre ellos, el delito de asesinato, homicidio, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves etc.²⁸

De todos estos requisitos extraídos, podemos afirmar que el fundamento que faculta para que se aumente la pena de este tipo de conductas constitutivas de violencia de género es: una mayor gravedad del injusto (por la relación de dominación de un hombre sobre su pareja o expareja, mujer.) y una mayor gravedad de la culpabilidad (el hecho delictivo es realizado con una motivación discriminatoria hacia la mujer).²⁹

En relación con el concepto de violencia de género expuesto, surge el problema de acreditar el elemento subjetivo, ese móvil de discriminación a la mujer para realizar el hecho delictivo y la existencia de la relación de poder establecida por parte del hombre hacia la mujer. En este sentido, varios autores³⁰ -desde mi punto de vista, de forma acertada- se posicionan en el sentido de que si que se debe de demostrar. En la misma línea, y desde la perspectiva de la criminología, *Johnson* ya hacía la diferenciación entre tres tipos de violencia en el ámbito de la pareja: terrorismo íntimo (que tiene su origen en una discriminación y en una relación de poder), resistencia violenta (es la respuesta a la anterior violencia) y violencia en la pareja situacional (que nada tiene que ver con un ánimo de discriminación y de sometimiento)³¹. Por tanto, según su tesis, si que habría que acreditar la motivación de discriminación ya que la existencia de una acción de violencia en el seno de la pareja no da lugar, de forma automática, a violencia de género.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 354.

²⁹ RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Boldova Pasamar (pro.), Reus, Madrid, 2012, p. 92.

³⁰ RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer...*, cit., pp. 92-94; OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XXX, 2010, pp. 298-300; PÉREZ MACHÍO, A.I., «La perspectiva de género en el Código Penal: Especial consideración del artículo 153 del Código Penal», en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XXX, 2010, p. 354; FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*, núm.17, 2006, p. 89.

³¹ LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 44. Obra encontrada en RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer... cit.*, p. 93.

De ser así, y tener que demostrarse la intención de dominación y de desprecio a la mujer por su género, dicha motivación, al ser un elemento eminentemente subjetivo, no es fácil de probar. Por ello, cobraría importancia la prueba indiciaria, pues es la que permite, a través de signos o evidencias externas (tales como insultos o expresiones humillantes) probar la existencia de esa motivación discriminatoria.³²

Por contra, otros autores³³ opinan que no es necesario acreditar el elemento subjetivo, ya que afirman que toda la violencia ejercida en el seno de la pareja por un hombre hacia una mujer es violencia de género de forma objetiva. No obstante, esto no quiere decir que no exista ni ese ánimo de discriminación ni ese contexto de dominación hacia la mujer, sino que lo que vienen a decir es que no hace falta demostrarlo.

Ahora bien, aunque todos estos pronunciamientos que he expuesto se refieren a la LO 1/2004 y los tipos penales que esta ley incluye, es extensible a la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, pues en ambos casos el elemento clave es la existencia de una discriminación hacia la mujer por ser, precisamente, mujer.

En relación a este aspecto de la acreditación de la existencia de discriminación hacia la mujer y de la intención de dominación, la opinión de la jurisprudencia ha experimentado una evolución.

En un primer momento, la STS núm. 420/2018 de 29 de septiembre de 2018 hace referencia a la STS núm. 1177/2009 de 24 de noviembre de 2009, que señaló que «no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como violencia de género [...] sino solo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer». Estas afirmaciones se refieren al art. 153 CP³⁴, aunque son

³² GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 352.

³³ MAQUEDA ABREU, M.L., «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley integral», en *Revista Penal*, núm. 18, 2006, p. 179; LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, p. 17-18.

³⁴ Art. 153.1 CP: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses

extensibles a la circunstancia agravante genérica de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género. Por tanto, para aplicar dicha circunstancia agravante genérica debía de quedar acreditada una intención de dominación, de sometimiento y de desprecio a la mujer, precisamente por su género.

Ahora bien, recientemente, la jurisprudencia ha dado un giro en este aspecto y establece una presunción *iuris et de iure*. Siguiendo a la STS núm. 99/2019 de 26 de febrero de 2019, ya no es necesario probar esa discriminación, sino que, para estimarse aplicable la circunstancia agravante de cometer un delito motivos discriminatorios por razones de género basta que el hecho delictivo sea realizado por un hombre hacia una mujer en una relación de pareja o expareja. De ser así, de forma objetiva, se entiende que ese hecho delictivo lleva ya implícitamente ese ánimo de discriminación hacia la mujer.³⁵

A mi juicio, a pesar de lo que sienta la jurisprudencia actual del TS, si que se debería demostrar que el sujeto activo actúa con un ánimo discriminatorio hacia la mujer por razón de ser mujer, así como como la relación de poder del hombre sobre la mujer. Y es que, tal y como afirman algunos autores como *Urruela Mora*³⁶, demostrar estos elementos es una exigencia del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal.

Asimismo, se debe de tener en cuenta la existencia de la violencia bidireccional en las relaciones de pareja, la cual consiste en comportamientos

a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

³⁵ La STS, núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 sigue la línea jurisprudencial marcada por la STS núm. 677/2018 de 20 de diciembre de 2018, la cual señala que: «Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad» y que «No se requiere la concurrencia de un dolo específico más allá de la acción material de maltrato o, al menos, no es exigible un elemento subjetivo del injusto como parece predicar la sentencia de apelación cuando afirma que en las agresiones recíprocas no está presente una posición de dominio, desigualdad o discriminación». Por tanto, no hay que acreditar una intención de discriminación ya que toda acción agresiva de un hombre frente a una mujer (en un contexto de pareja o expareja) es de forma objetiva un acto de violencia de género.

³⁶ URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao, Granada, 2004, p. 151; RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer...*, cit., p. 94.

agresivos, hostiles o violentos que no se ejercen sólo contra uno de los miembros de la pareja, sino que se trata de comportamientos cruzados. Y es que, en este caso, y de forma equivalente, tanto los hombres como las mujeres son víctimas de este tipo de actos violentos. Por tanto, no en todos los casos en los que existe una violencia contra la mujer ésta es motivada por una discriminación de género, ni como consecuencia de una situación de dominación del hombre sobre la mujer.³⁷

A pesar de estas características específicas que posee la citada circunstancia agravante algunos autores³⁸ señalan que su inclusión en nuestro CP es meramente simbólica. Argumentan que lo único que hace el legislador mediante esta medida es manifestar su rechazo a la violencia de género, pero que, sin embargo, no es algo útil ya que no incrementa la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia machista porque ya existían, con anterioridad de la reforma, las agravantes por razón de sexo y por razón de la orientación o identidad sexual, así como la LO 1/2004.

En contra, otros autores³⁹ señalan que si es útil porque permite sancionar conductas machistas en algunos delitos que no prevén la circunstancia agravatoria específica de género introducida en la LO 1/2004. Dicha LO incorporó determinadas agravaciones por razón de género en los siguientes delitos: delito de lesiones (art. 148.4), malos tratos (art. 153.1), amenazas leves (art. 171.4, 5 y 6) y coacciones leves (art. 172.2). A estos delitos se añade el delito de violencia doméstica habitual tipificado en el art. 173.2 y 3, el cual se aplicará cuando, entre otros sujetos pasivos, la víctima sea el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. La circunstancia agravante genérica de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género entraría en juego en el resto de delitos contra las personas, entre ellos, en los delitos contra la vida, delitos contra la integridad física y psíquica de mayor entidad (delitos de lesiones con resultado diferenciado tipificados en los arts. 149 y 150 CP), delitos

³⁷ HERNÁNDEZ HIDALGO, P., «Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimológico» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-05, 2015, p. 5.

³⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., «La circunstancia agravante de discriminación...», *cit.*, p. 122; GUTIÉRREZ GALLARDO, R., «La nueva agravante por razón de género; ¿era realmente necesaria?», (artículo doctrinal), p.7.; QUINTERO OLIVARES, J., «Circunstancias agravantes y la circunstancia mixta de parentesco», en *Parte General del Derecho penal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 6.

³⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E.B., «La agravante genérica...» *cit.*, p.19.

contra la libertad e indemnidad sexual, delito de amenazas graves, coacciones graves, etc.

En lo que respecta a los delitos imprudentes, esta circunstancia agravante nunca podrá aplicarse ya que, para que se pueda apreciar, es necesaria una actitud de dominación, una intencionalidad, elementos que no podrán concurrir nunca en un delito imprudente.⁴⁰

Respecto la consecuencia jurídica de la aplicación de la circunstancia de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, al igual que cualquier otra, supone la agravación de la pena en virtud del art. 66 CP, aplicando la pena en la mitad superior o la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior, respectivamente, en caso de que concurra una o dos circunstancias agravantes, o en caso de que concurran más de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante.

3. DIFERENCIACIÓN RESPECTO A LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZÓN DEL SEXO DE LA VÍCTIMA

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género puede constituir un fundamento distinto del que conlleva cometer un delito por motivos discriminatorios por razón del sexo de la víctima.

El sexo se refiere a la condición de hombre o mujer. Esto es, se aplicará la circunstancia agravante por razón del sexo de la víctima a quien cometa un delito motivado por el odio discriminatorio a la condición biológica de hombre o mujer, es decir, a delitos misóginos o a los motivados por el odio al sexo masculino.⁴¹

La diferencia entre las circunstancias agravantes de cometer un delito por motivos discriminatorios radica en que la que se refiere al sexo de la víctima se limita

⁴⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 355.

⁴¹ DÍAZ LÓPEZ, J.A., «Las condiciones personales del art. 22. 4ª CP», *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 14.

a motivaciones misóginas, mientras que la que se refiere al género se refiere a conductas machistas, llevadas a cabo por los hombres frente a las mujeres con la intención de expresar su dominio hacia ellas como seres humanos inferiores.⁴² Se basa, por tanto, en una construcción histórica y social según la cual el hombre es superior a la mujer. La STS núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018 igualmente afirma que la agravante de sexo no exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. En la misma línea se expresa *Díaz López*⁴³, que afirma que la diferencia entre una agravante y otra radica en los distintos móviles, por lo que si el móvil es la misoginia habrá discriminación por razón de sexo, pues el fundamento es el odio hacia la mujer por el hecho de ser biológicamente mujer. Pero si el móvil es machista, la discriminación será por razones de género.

De este modo, el género no tiene que ver necesariamente con el sexo biológico. Es por ello que la agravante por razón de sexo, para la doctrina mayoritaria, no es aplicable a los supuestos de violencia de género.⁴⁴

Como consecuencia de lo anterior, en la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razón del sexo de la víctima puede ser sujeto pasivo un hombre y sujeto activo una mujer⁴⁵, mientras que, en la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, ya vimos que el sujeto activo siempre tenía que ser un hombre y el sujeto pasivo siempre una mujer.

⁴² BORJA JIMÉNEZ, E., «La circunstancia agravante de discriminación...», *cit.*, p. 122.

⁴³ MAQUEDA ABREU, M.L., «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?» en *Estudios de Derecho Penal*, Silva Sánchez *et al* (coord.), B de F Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 708.

⁴⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E.B., «La agravante genérica...» *cit.*, pp. 10-11.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018, p. 6, Cendoj.

4. PROBLEMAS EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER UN DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS POR RAZONES DE GÉNERO

4.1. Compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco del art. 22.3 CP

La inclusión de la nueva circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género plantea la duda de si es posible su aplicación simultánea junto a la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 22.3 CP.⁴⁶ En el caso que nos ocupa, esta circunstancia mixta cumple funciones agravatorias, ya que opera como tal en los «delitos que tienen un contenido de carácter personal»,⁴⁷ al igual que la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, que se aplica a los delitos contra las personas, como ya dije en su momento.

Algunos autores consideran que ambas circunstancias agravantes genéricas poseen el mismo fundamento y el mismo ámbito de aplicación, ya que tanto el art. 22.4 como el art. 23 del CP se aplican a los delitos realizados por el hombre frente a su pareja o expareja, sea o haya sido legal o, de hecho. Por tanto, argumentan que el art. 23 debería ser reformado para evitar la duplicidad de las regulaciones.⁴⁸

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TS estiman que es compatible apreciar ambas circunstancias, ya que su fundamento es distinto.

La circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género tiene un fundamento subjetivo, que consiste en la intención de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer⁴⁹ por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma. Por tanto, como ya he señalado en repetidas ocasiones, se requiere una motivación específica por parte del sujeto activo.

En contra, la circunstancia mixta de parentesco, entendida como agravante, tiene un fundamento objetivo relacionado con la convivencia, incluso desconectado

⁴⁶ Art. 23 CP: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

⁴⁷ Auto del Tribunal Supremo núm. 1517/2006 de 21 de junio de 2006, p. 5, Cendoj.

⁴⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., «La circunstancia agravante de discriminación...», *cit.*, p. 122.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2018 de 19 noviembre 2018, p. 9, Cendoj.

de un vínculo subjetivo,⁵⁰ por lo que el afecto no forma parte de los elementos exigidos en la aplicación de la agravante de parentesco.⁵¹ Tampoco exige la presencia de una intención, actitud o dominación.⁵² Asimismo, es imprescindible que entre víctima y autor exista alguna de las relaciones de parentesco previstas en el art. 23 CP (la que aquí nos interesa es la relación conyugal o análoga relación de afectividad), por lo que de ello se deriva que el sujeto pasivo de la misma puede ser también un hombre.

En consecuencia, esta circunstancia agravante de parentesco se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad.⁵³ Sin embargo, la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, como ya he señalado, se fundamenta en la discriminación que sufre la mujer en atención al género.

Además, la circunstancia mixta de parentesco exige el carácter estable de la relación lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género.⁵⁴

Vistas estas diferenciaciones, queda claro que no se vulnera el principio de *non bis in idem* por la aplicación de ambas, pues sus fundamentos, presupuestos y requisitos son distintos.

4.2. Incompatibilidad con la agravación específica que contemplan los artículos vinculados con la violencia de género y otros tipos penales en los que ya se aprecia la razón de género

Hay que tener presente que ya existen una serie de agravaciones específicas recogidas en el CP que prevén la circunstancia de que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Como ya he expuesto anteriormente, estos tipos agravados fueron introducidos por la LO 1/2004, y se refieren a determinados delitos de lesiones, malos tratos, amenazas leves y coacciones leves.

Por tanto, es evidente que la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género no puede aplicarse en dichos delitos,

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2018 de 19 noviembre 2018, p.9, Cendoj.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 610/2016 de 7 de julio de 2016, p.20, Cendoj.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018, p.6, Cendoj.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2018 de 19 noviembre 2018, p. 9, Cendoj.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018, p.6, Cendoj.

ya que, de lo contrario, supondría vulnerar la prohibición *non bis in idem*, pues un mismo hecho (ánimo de mostrar la superioridad de un hombre frente a una mujer por el mero hecho de ser mujer) supondría dos agravaciones.⁵⁵

Igualmente, sería incompatible con los tipos penales regulados en los arts. 510, 511 y 512 CP, reguladores de los delitos de discriminación hacia ciertos colectivos, entre otros, a las mujeres, por llevar consigo la razón de género como presupuesto para su aplicación.⁵⁶

⁵⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 354.

⁵⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal... cit.*, p. 354; y Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 565/2018 de 19 noviembre 2018, Cendoj.

V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. ESTADÍSTICAS

Los expertos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género realizaron un análisis de las 36 sentencias dictadas entre 2016 y 2018 en las que se solicitó la aplicación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género. El resultado fue que esta circunstancia agravante se aplicó en 24 sentencias (67%), siendo denegada en las 12 sentencias (33%) restantes.

Asimismo, se llegó a la conclusión de que las agresiones realizadas contra las mujeres por razón de género son realizadas de forma transversal, ya que las víctimas tenían edades comprendidas entre 17 y 75 años, y tenían tanto nacionalidad española (75%) como extranjera (17%) -en el resto no se especificaba-.

Respecto a las pruebas que sirven de base a la sentencia para determinar si la comisión del delito tenía un ánimo de discriminación por razón de género, éstas han sido: la presencia de agresiones, amenazas o coacciones previas, patrones de control, o la constatación de que el detonante de la comisión del delito haya sido el hecho de que la mujer se haya querido separar del hombre.⁵⁷

En relación a los delitos por los que se solicita que concurra la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, desde 2016 hasta abril de 2018, son: asesinato (30'6%), tentativa de homicidio/asesinato (27'8%), agresión sexual (16'7%), detención ilegal (8'3%), homicidio (5'6%), amenazas (5'6%), lesiones agravadas (5'6%), delitos contra la integridad moral (2'8%), allanamiento de morada (2'8%), e incendios (2'8%).

Asimismo, se concluye que, en la mayoría de los casos (67%)⁵⁸, el motivo desencadenante del hecho delictivo es la manifestación por parte de la víctima de su deseo de dejar la relación o la negativa a reanudar la relación y, por tanto, la no aceptación de la separación por parte del agresor. De esta forma, se desprende de los

⁵⁷<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13378-la-circunstancia-agravante-de-genero-se-aplica-en-el-67-de-los-casos-en-que-fue-solicitada-entre-2016-y-2018/>

⁵⁸ Entre otras: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 7/2017, de 26 de junio de 2017; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 46/2018 de 12 de febrero de 2018; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2018 de 27 de noviembre de 2018; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 11/2018 de 3 de mayo de 2018.

hechos delictivos el no consentimiento por parte del agresor de que la víctima, por ser mujer, posea capacidad de decisión y capacidad de llevar una vida independiente, pues de esa forma el agresor ya no podrá seguir ejerciendo un dominio, superioridad y control sobre ella.⁵⁹ Por tanto, esta conducta tiene una clara connotación machista.

2. DELITOS DE ASESINATO/HOMICIDIO

2.1. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2018 de 19 de noviembre de 2018

En esta STS nos encontramos ante un delito de tentativa de homicidio concurriendo las circunstancias agravantes de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género y de parentesco.

Se desprenden los siguientes hechos: El acusado Epifanio mantiene una relación análoga a la conyugal con convivencia con Delfina. Desde el inicio de la relación el acusado golpea, tira del pelo e insulta a Delfina como manifestación de su dominio sobre ella. Además, cuando ésta volvía a la residencia de su familia (por las constantes discusiones) Epifanio le decía que si no volvía con él le mostraría fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo así ejercer un control sobre ella. El día de la agresión, el acusado entró a la habitación donde estaba Delfina, le empezó a gritar y le quitó el monedero. Ésta, ante la actitud agresiva del acusado, intentó huir de la habitación, pero el acusado la alcanzó, la cogió del pelo y la golpeó, mientras le decía que la quería matar. Seguidamente, el acusado cogió un destornillador y se dirigió a la víctima diciendo que la iba a matar. La reacción de Delfina, totalmente atemorizada, fue, ante la imposibilidad de salir por la puerta, saltar a la calle por la terraza, lo que le ocasionó multitud de lesiones.

El TS entiende que la circunstancia agravante del art. 22.4 es correctamente aplicada al existir una situación de sometimiento continuado por parte del agresor hacia su pareja, lo que demuestra una actitud de dominación y machismo al cometer el delito. Recordemos que todo empezó cuando le quita el monedero en base a su pensamiento de que puede disponer de las cosas de ella cuando quiera, lo que

⁵⁹ CJPJ, Grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ, Análisis aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018, 2018., pp. 20 y 29.

evidencia una actitud de superioridad y desprecio hacia la víctima por su condición de mujer, colocándola en una posición de inferioridad. También de la reacción de la víctima de saltar por la terraza se desprende la existencia de una conducta violenta, de terror y de dominación.

2.2.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2018 de 27 de noviembre de 2018

En esta STS nos encontramos ante un delito de asesinato concurriendo la circunstancia de parentesco, con efectos agravatorios, y la circunstancia agravante de cometer un delito por razones de género.

Los hechos son los siguientes: Gabino y Otilia mantuvieron una relación sentimental durante varios años. Una vez finalizada, Gabino intentó retomar la relación, pero ante la negativa de su expareja, éste decidió acabar con su vida. Gabino, además, sabía que su expareja había rehecho su vida con otros hombres.

Tanto la AP, como el TSJ, como el TS, coinciden en que es de aplicación la circunstancia agravante de actuar por razones de género, pues el detonante del asesinato fue la negativa de la víctima a retomar la relación y, además, el descubrimiento de que la víctima mantenía relaciones con otros hombres. De estos hechos, según los tribunales, se deduce que el acusado no consiente la libertad de decisión de la víctima ni su capacidad de llevar una vida independiente.

2.3.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 707/2018 de 15 de enero de 2019

En esta STS nos encontramos ante un delito de asesinato con aplicación de la circunstancia agravante de parentesco y la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos son los siguientes: Feliciano y Carmen mantenían una relación matrimonial con convivencia, aunque estaban en crisis y ella se planteaba el divorcio. A Feliciano no le gustaba que su mujer fuese reclamar los derechos económicos que le correspondían por el divorcio y que fuese a ser asesorada por terceros. Mientras tanto, Carmen se mensajaba de forma afectiva y sexual con otro hombre, algo que Feliciano sabía. En el momento de la agresión, víctima y agresor se encontraban en la cama descansando. Seguidamente, Feliciano fue a la cocina a por un cuchillo y le propinó, de manera inesperada, diversas puñaladas a su esposa, causándole la muerte.

El TS concluye en que es de aplicación la circunstancia agravante de actuar por razones de género debido a la existencia de una relación de dominación que se demuestra en los hechos delictivos, ya que éstos son realizados a causa del pensamiento del agresor de que la víctima no tiene libertad para divorciarse, ni autonomía económica, ni derecho a un asesoramiento sobre sus derechos. Además, queda probado que Feliciano, durante el matrimonio, «imponía sus condiciones y el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejando y aislando a la víctima de su familia y su entorno».

2.4.Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 11/2018 de 3 de mayo de 2018

En esta STSJ nos encontramos ante un delito de asesinato concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, y la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos ocurridos son: Carlos Miguel y Florencia mantenían una relación sentimental con frecuentes agresiones por parte de Carlos Miguel. Una vez terminada la relación por decisión de ella, éste la atemorizaba yendo a su lugar de trabajo a zarandearla, y a su domicilio a aporrearle la puerta. El día de la agresión, mantuvieron relaciones sexuales consentidas, tras lo cual, Carlos Miguel, de forma súbita, ahogó a la víctima, causándole la muerte.

Tanto la AP como el TSJ aplican la mencionada agravante, pues opinan que la motivación del hecho delictivo fue la decisión de romper la relación por parte de la víctima. Además, quedan probadas acciones discriminatorias que tienen el objeto de establecer un rol de superioridad por parte del acusado, tales como zarandear a la víctima mientras la amenaza.

3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

3.1.Sentencia del Tribunal Supremo núm. 99/2019 de 26 de febrero de 2019

En esta STS nos encontramos ante un delito de agresión sexual con aplicación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos son los siguientes: Olegario y Angelina mantenían una relación sentimental sin convivencia. Durante la misma, Olegario agredió a su pareja causándole heridas en el labio y en el ojo. Una vez finalizada la misma, el acusado llamó a la víctima para quedar, a lo que ella aceptó. El acusado la llevó a una casa de campo, y tanto durante el trayecto en el coche como en la casa, la forzó a mantener relaciones sexuales mientras la agredía para vencer su resistencia. Además, mientras la víctima se resistía, en un momento el agresor le llegó a decir «que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa», además de proferirle otros insultos vejatorios y humillantes.

Ante estos hechos, el TSJ estimó la aplicación de la agravante de género al considerar que el agresor actuó con la intención de dominar a la víctima (al contrario que la AP, que no la aplica ya que de los hechos no se desprende que el acusado actuase con un ánimo discriminatorio hacia su expareja). Finalmente, el TS aprecia la concurrencia de la circunstancia agravante, ya que del escenario y del comportamiento del autor se deriva una situación de machismo y discriminación hacia la víctima (por ejemplo, de la frase: «que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa» se desprende una actitud claramente machista, en la que le niega toda capacidad de decisión a la víctima, posicionando a la víctima en un rol de inferioridad).

3.2.Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) núm. 4/2018 de 6 de febrero de 2018

Aquí nos encontramos ante un delito de agresión sexual concurriendo la circunstancia agravante por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos objeto de enjuiciamiento son los siguientes: Casimiro e Inmaculada mantenían una relación matrimonial con convivencia hasta que ésta decidió poner fin a la relación debido a un episodio sufrido de violencia de género (por el cual Casimiro fue condenado y se le impuso una orden de alejamiento). Pese a ello, de forma insistente, se intentaba comunicar con Inmaculada para que ésta retirase la denuncia, e incluso un día llegaron a quedar, momento en el cual Inmaculada le dijo que retiraría la denuncia si le daba seis mil euros (sabiendo ya que él no poseía tal cantidad). El día de la agresión, mientras la víctima dormía, Casimiro entró en el domicilio de ella y la despertó mientras portaba un cuchillo, profiriéndole

expresiones como: «¿Ves que fácil es para mí matarte?». Aprovechando el clima de dominio y temor, Casimiro le requirió para mantener relaciones sexuales, negándose la víctima a ello. Pero, finalmente, por temor a la reacción del acusado, accedió a quitarse el pantalón y la ropa interior, procediendo entonces Casimiro penetrarla vaginalmente.

Respecto a la concurrencia de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género el tribunal alega que el hecho delictivo se lleva a cabo en un clima de desigualdad, de vulnerabilidad, de violencia y de temor generado por el agresor. Recordemos que el autor quebranta y desprecia la orden de alejamiento e insiste en que la víctima retire la denuncia, lo que produce en ella una presión al existir previamente una agresión física. El colofón de todo ello es el hecho de que entra en el domicilio de la víctima sin su consentimiento, mientras ésta dormía, y, además, utilizando un cuchillo y amenazándola de muerte, lo que evidentemente genera un ambiente de temor y de dominación para cumplir su propósito de mantener una relación sexual. De esta forma, concurren todos los elementos para estimar la agravante.

3.3.Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) núm. 175/2017 de 29 de mayo de 2017

En este caso, se condena al autor por un delito de agresión sexual concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, y la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos objeto de enjuiciamiento son los que siguen: Jerónimo y Rocío mantienen una relación matrimonial. El día de la agresión, estando ambos acostados, Jerónimo le propuso a su esposa mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó, dándole posteriormente la espalda al acusado. Éste no aceptó la negativa de Rocío, por lo que la agarró de los brazos para darle la vuelta, se colocó encima de ella y, mientras la sujetaba con fuerza por los brazos, la penetró vaginalmente, a pesar de la oposición de ella.

El tribunal considera que concurre la circunstancia agravante por razones de género debido a la existencia de una relación de dominación y de sometimiento hacia Rocío por parte del agresor. Esta relación se desprende no solo de la agresión física final, sino que queda probado que ese sometimiento había estado presente en sus

relaciones matrimoniales, ya que el acusado la convencía para mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero con el motivo de que estaba atravesando una mala situación económica. Rocío mantenía dichas relaciones inicialmente, rechazando después las proposiciones, aunque no podía negarse a ellas precisamente por esa relación de sometimiento, aprovechada por el autor para llevar a cabo su propósito.

3.4.Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) núm. 144/ 2017 de 2 de mayo de 2017

Los hechos aquí enjuiciados son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, concurriendo las agravantes de parentesco y de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género.

Los hechos que suceden son los siguientes: Eusebio y Estrella mantienen una relación matrimonial con convivencia, con tres hijos en común. Desde el principio, el acusado ostentaba, tanto con su esposa como con sus hijos, una posición de superioridad, asumiendo el control de la economía familiar, y generando un clima de temor y sumisión a él. Queda probado que, de forma continuada, cuando el acusado regresaba a casa, y pese a la negativa de Estrella, la forzaba a mantener relaciones sexuales completas, durante las cuales el acusado le profería insultos vejatorios además de decirle que la iba a matar.

El tribunal aplica como agravante actuar por razones de género, sin embargo, no especifica exactamente los motivos. No obstante, se puede entender que la aprecia debido a la actitud de superioridad y de dominación sobre la víctima al realizar los hechos delictivos. De sus acciones se desprende dicha actitud ya que niega a su mujer de toda capacidad de decisión sobre su libertad sexual, al entender el acusado que, al ser su mujer, debe estar plenamente disponible para satisfacer sus deseos sexuales en cada momento que él decida. Evidentemente, esto genera una situación de sometimiento que posiciona a la víctima en un rol de inferioridad con respecto al acusado.

4. DELITOS DE LESIONES GRAVES CON RESULTADO DIFERENCIADO (ARTS. 149 Y 150 CP)

4.1. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 420/2018 de 25 de septiembre de 2018

Esta sentencia fue la primera del Alto Tribunal en la que se apreció la circunstancia de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, por lo que es de sumo interés. Se condena al autor por un delito de lesiones causantes de deformidad del art. 150 CP concurriendo la circunstancia del art. 22.4 de actuar por razones de género.

Los hechos probados son los que siguen: Benigno y Elisa mantienen una relación de afectividad sin convivencia con rupturas y discusiones frecuentes debido al carácter celoso, posesivo y amenazante de Benigno. El día de la agresión, ambos se encontraban en la casa de una amiga de Elisa, estando también ésta presente. En un momento, Benigno quitó el móvil a Elisa (mientras ésta lo utilizaba) movido por los celos de que pudiese estar comunicándose con otro hombre, y se lo guardó en el bolsillo, pese a las réplicas de su pareja. Poco después, Benigno fue a la cocina y aprovechó para coger un cuchillo. A continuación, Elisa se dirigió al baño a orinar, por lo que el Benigno, aprovechando la situación, (ésta se encontraba sentada el inodoro, con poca capacidad de realizar movimientos) sacó el cuchillo y se abalanzó sobre ella dándole puñaladas, mientras decía «si no eres mía, no eres de nadie». Luego la cogió por el cuello, pero ante las súplicas de Elisa, cesó. Mientras la sujetaba del cuello, le dijo que le permitiría que le curasen si decía que las lesiones habían sido fruto de un intento de suicidio, amenazándola con que, si denunciaba, aunque fuese a ir a la cárcel, al salir iría a por su hija y a por ella. Seguidamente se marchó del domicilio.

Por estos hechos, la AP considera que concurre la agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género debido a que la conducta se enmarca en un ámbito de control y celos probado.

La sentencia fue recurrida ante el TSJ, tribunal que no aplicó la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, al no quedar acreditado que el hecho delictivo se realizase con un móvil de desprecio a la víctima por el solo hecho de ser mujer.

Finalmente, TS entiende que es de aplicación la agravante ya que del relato de los hechos se desprende la dominación del autor sobre la víctima y su consideración de su pareja como un ser incapaz de tomar decisiones (hechos como quitarle el móvil a la víctima por creer que estaba hablando con otro hombre, o por proferir expresiones como «si no eres mía, no eres de nadie»).

5. DELITO DE AMENAZAS (ART. 169 CP)

5.1.Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª) núm. 517/2017 de 4 de diciembre de 2017

En este caso se condena al autor por un delito de amenazas graves del art. 169.2 CP (entre otros delitos) concurriendo en el mismo la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, y la circunstancia mixta de parentesco con efectos agravatorios.

Los hechos probados son los siguientes: Germán y Cándida mantuvieron una relación sentimental hasta que ella decidió poner fin a la relación. A pesar de ello, Germán no aceptaba su decisión, por lo que de forma insistente la llamaba y se personaba en su lugar de trabajo para retomar la relación. Entre otras cosas, le decía que «si no era suya no era de nadie», que «si no volvía su padre iba a sufrir», o incluso le llegó a mandar un mensaje de texto en el que ponía «vas a morir». Tras estos hechos, Cándida interpuso denuncia, adoptándose como medida cautelar una orden de alejamiento. Pero Germán, haciendo caso omiso, y con la intención de dar muerte a Cándida portando un cuchillo, se dirigió hacia el domicilio de ésta. No obstante, mientras esperaba en la estación de tren, Germán se encontró con la madre de Cándida, quien llamó a la policía para alterar de las intenciones de éste. Finalmente, Germán fue detenido en las proximidades del domicilio de Cándida y confesó que iba a matarla, pero que, si no lo hacía en ese momento, lo haría cuando quedara en libertad.

Respecto a la calificación jurídica, el tribunal lo considera como una amenaza grave puesto que el autor expresa un propósito de causar un mal grave, en concreto, la muerte. En cuanto a la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, el tribunal alega que queda acreditada la intención de cometer un delito contra una mujer por el hecho de ser mujer y como

acto de dominio y superioridad debido a que el sujeto activo no acepta la capacidad de decisión de la víctima de romper su relación. En dicha relación, además, Germán ejercía un dominio sobre ella, ya que siempre quería saber donde y con quien se encontraba su pareja, o enfadándose si ella le llevaba la contraria en cualquier aspecto.

6. VALORACIÓN GLOBAL

En suma, vemos como en todas estas sentencias se aplica la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género porque queda probado que el agresor comete el hecho delictivo con una motivación discriminatoria hacia la mujer, con el fin manifestar una situación de desigualdad en favor del hombre sobre la mujer, así como de dejar patente el dominio y la relación de poder sobre la víctima. Es decir, en todas las conductas analizadas queda patente que los hechos delictivos son realizados como consecuencia de comportamientos basados en una dominación machista. Y para quede probado, como vimos con anterioridad, debido a la dificultad de que exista prueba directa, es la prueba indiciaria la que, a través de signos externos (insultos, humillaciones, vejaciones, desprecios, patrones de control, amenazas o coacciones previas, etc.) permite apreciar la existencia del fundamento de la circunstancia agravante genérica. Por ejemplo, vemos como en varias de las sentencias analizadas, el autor le profiere a la víctima frases como: «que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa» o «si no eres mía, no eres de nadie». O también vemos que en varias ocasiones el desencadenante del delito ha sido la decisión de terminar la relación por parte de la mujer. Y todos estos son hechos a partir de los cuales se desprende una actitud basada en una dominación machista. Por tanto, el tribunal, a partir de los hechos probados, deduce que es de aplicación la mencionada circunstancia agravante genérica.

Igualmente, de la aplicación práctica se refleja la importancia de la inclusión de esta agravante, ya que, sin la misma, no se podría agravar la pena de todas las conductas machistas reflejadas en los delitos tan graves que hemos visto y que son merecedoras de un mayor reproche penal. Por tanto, vemos como efectivamente el objetivo de la agravante, que era dotar de una mayor protección jurídica a las víctimas de la violencia de género, se cumple.

VI. CONCLUSIONES

A rasgos generales, el fundamento de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género radica en la mayor reprochabilidad penal que conlleva que el sujeto activo cometa los hechos delictivos contra una mujer debido a su condición de mujer (como una manifestación de la discriminación hacia la mujer) y en actos que implican una relación de poder, de dominio, y de superioridad sobre la misma. Es decir, lo que el legislador pretende es agravar la pena a aquellos hombres que cometan acciones violentas basadas en una dominación machista. Además de estos elementos, se añade la vulneración al principio de igualdad y al derecho a la no discriminación de cualquier índole.

A mi juicio, la inclusión de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género era totalmente necesaria. Y ello porque con anterioridad a la reforma del CP de 2015, estas características de sometimiento, de dominación a la mujer etc. que aumentan la reprochabilidad de la conducta no eran tenidas en cuenta en algunos ilícitos penales tales como el asesinato, el homicidio, lesiones graves, amenazas graves, coacciones graves etc.

En lo referente a la acreditación o no del elemento de discriminación y de dominio sobre la mujer, considero que debería demostrarse en juicio que efectivamente el hecho delictivo tiene una motivación discriminadora, ya que, de lo contrario, se vulnera el principio de responsabilidad penal y el principio de responsabilidad.

La nueva línea jurisprudencial implica que se aprecie la circunstancia agravante de forma objetiva en todos los hechos delictivos cometidos en el seno de una pareja (o expareja), lo que lleva a la afirmación de que la violencia en las relaciones de pareja cuando es ejercida por el hombre frente a la mujer siempre es violencia de género, es decir, que siempre en esa relación el hombre se encuentra en una posición de superioridad ejerciendo un dominio sobre la mujer. Sin embargo, como ya señalé en su momento, existen varios tipos de violencia en el ámbito de pareja, por lo que el hecho de imponer a un hombre una mayor pena que a una mujer por cometer exactamente los mismos hechos delictivos (hechos estos no realizados con ningún móvil machista), es totalmente desigualitario y desproporcionado.

En definitiva, considero que la inclusión de esta circunstancia agravante es una medida acertada y eficaz para luchar contra la lacra de la violencia de género y, por ello, a mi juicio, el hecho de que se aplique de forma objetiva puede dar una visión negativa de la violencia de género, algo que debemos evitar.

En cuanto a la diferencia de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género con otras figuras jurídicas, las conclusiones son las siguientes:

En primer lugar, respecto a la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razón del sexo de la víctima, queda claro que tiene un significado distinto a nuestra circunstancia agravante objeto de estudio. Mientras que el concepto de sexo se refiere al sexo biológico de la víctima (que puede ser hombre o mujer), el género se refiere a una construcción social, a una sociedad patriarcal en la que el hombre protagoniza un rol de superioridad sobre la mujer. Partiendo de la distinción de conceptos, es evidente que los motivos para los que se aplique una u otra circunstancia agravante son distintos. En la circunstancia agravante de género es requisito imprescindible que se actúe con una intención de dominación, de sometimiento a la mujer, mientras que en la circunstancia agravante por razón de sexo lo que se exige es que el sujeto actúe por el odio discriminatorio a la condición biológica de hombre o mujer (y, por tanto, son conductas que no se basan en una dominación machista).

En segundo lugar, en lo referente a la circunstancia mixta de parentesco, también queda clara su distinta fundamentación y, por ello, su posible aplicación conjunta. La circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género tiene un fundamento subjetivo (llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer por el mero hecho de serlo), mientras que la circunstancia agravante de parentesco tiene un fundamento objetivo, relacionado con la convivencia, y vinculado a una estabilidad en la relación de afectividad.

Por último, en cuanto a las agravaciones incluidas por la LO 1/2004 y a otros preceptos penales que para que sean de aplicación ya exigen la discriminación hacia la mujer, es evidente que nunca podrán concurrir con la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género, ya que ello supondría una doble agravación por los mismos hechos y motivaciones.

Para finalizar, respecto al análisis jurisprudencial que he realizado, en todas las resoluciones judiciales queda patente de los hechos probados la existencia de una relación de dominación, de sometimiento, y de poder del hombre sobre la mujer. De hecho, en todas ellas (todas ellas anteriores de la sentencia que da el giro jurisprudencial) se entiende que queda acreditado, sobre todo mediante pruebas indiciarias, el elemento subjetivo. No obstante, habrá que ver el desarrollo de la aplicación de esta agravante por parte de los tribunales de justicia, ya que todavía puede ser objeto de diversos cambios.

Como conclusión final, a mi juicio, con la incorporación de la circunstancia agravante de cometer un delito por motivos discriminatorios por razones de género se incrementa considerablemente la protección de las mujeres víctimas de la violencia machista. Y ese, precisamente, era el objeto de su inclusión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., RUEDA MARTÍN, M.A., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de Urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia género)», en *Diario La Ley*, núm. 6.146, 2004.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español. Parte general*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2001.
- COMAS D'ARGEMIR, M., «La ley integral contra la violencia de género: nuevas vías de solución», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova Pasamar, Rueda Martín (Coords.), Atelier, Barcelona, 2006.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., «Las condiciones personales del art. 22. 4ª CP», en *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, 2004.
- FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*, núm.17, 2006.
- FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas*, Comares, Granada, 2004.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

- GUTIÉRREZ GALLARDO, R., «La nueva agravante por razón de género; ¿era realmente necesaria?» (artículo doctrinal).
- HERNÁNDEZ HIDALGO, P., «Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-05, 2015.
- HORTAL IBARRA, J.C., «La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4^a CP): una propuesta restrictiva de interpretación» en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012.
- LARRAUIRI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995» en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XIX, 1996.
- LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005.
- MAQUEDA ABREU, M.L., «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley integral», en *Revista Penal*, núm. 18, 2006.
- MAQUEDA ABREU, M.L., «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/ género del art. 22.4 CP?» en *Estudios de Derecho Penal*, Silva Sánchez et al (coord.), B de F Montevideo-Buenos Aires, 2017.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 2018.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 2016.
- MUÑOZ COMPANY, M.J., «Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación vigente», en *Diario La Ley*, núm. 8606, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2015.

- OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XXX, 2010.
- PÉREZ MACHÍO, A.I., «La perspectiva de género en el Código Penal: Especial consideración del artículo 153 del Código Penal», en *Estudios penales y Criminológicos*, núm. XXX, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «La respuesta de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson Reuters, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Circunstancias agravantes y la circunstancia mixta de parentesco», en *Parte General del Derecho penal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- REBOLLO VARGAS, R., «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal)» en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.
- ROMEO CASABONA, C./ SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016.
- RUEDA MARTÍN, M.A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Boldova Pasamar (pro.), Reus, Madrid, 2012.
- URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao, Granada, 2004.