

# **La circunstancia agravante de discriminación por razón de género**

**Natalia Pérez Rivas**

Prof<sup>ª</sup>. Contratada Doctora de Derecho Penal

Universidade de Santiago de Compostela

[natalia.perez.rivas@usc.es](mailto:natalia.perez.rivas@usc.es)

# Delimitación conceptual

2

# Delimitación conceptual: Convenio de Estambul y LOVG

3

## Violencia contra la mujer (Convenio de Estambul)

Una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán 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.

## Violencia contra la mujer por razones de género (Convenio de Estambul)

Toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

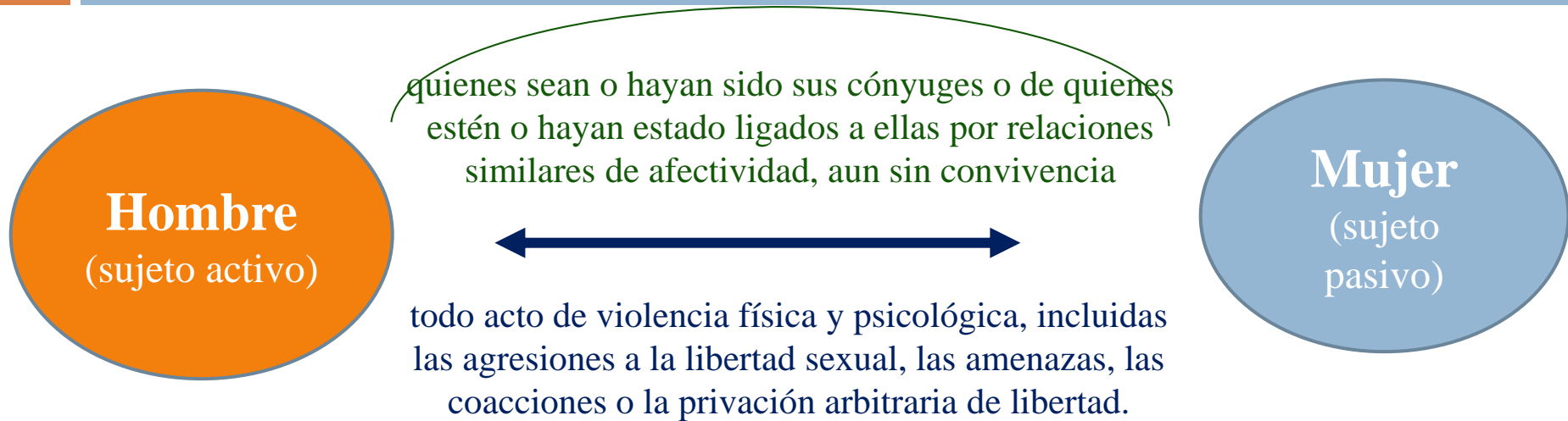
Los hechos que se cometen contra una mujer con la finalidad de discriminarla, dominarla o someterla, amparándose en el tradicional papel de subordinación e inferioridad, pueden realizarse en cualquier contexto (en el ámbito familiar, en el profesional, en el educativo, en el tiempo libre o de ocio, etc.).

## Violencia de género (LOVG)

Todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad que se ejerce 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, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

# Violencia de género: LOVG

4



- Violencia de género como un problema reducido al ámbito privado, omitiendo la violencia de género ejercida en el ámbito público (enfoque reduccionista).
- El legislador español excluye a las otras víctimas mujeres (hijas, hermanas, madres, vecinas, compañeras de trabajo, etc.), y descarta otras formas violentas de agresión que se realizan contra la mujer (matrimonios forzados, mutilaciones genitales, esterilizaciones forzadas, abortos no consentidos, agresiones y abusos sexuales, acosos laborales etc.).
- Además no tiene presente otros contextos diferentes al ámbito familiar (el profesional, el educativo, el propio del tiempo libre o de ocio, etc.).
- La violencia de género es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.

# Violencia de género y violencia por razones de género

- 1º. Título IV de la LOVG introduce tipos específicos de violencia de género (lesiones agravadas, maltrato ocasional, maltrato habitual, amenazas leves y coacciones leves).
- 2º. Competencias atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 43 LO 1/2004). Dichos órganos tendrán competencia para conocer, en el orden penal: “De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los Títulos del Código penal relativos al homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género” (arts. 44 y 58 LOMPIVG, que modifican el art. 87 ter 1 a) de la LOPJ y el art. 14.5 a) LECrim). De esta forma, se pueden considerar delitos de violencia de género los regulados en los Títulos I a VIII CP, a excepción de los del Título V, relativos a la manipulación genética.
- 4º. Agravaciones específicas (stalking, sexting...)
- **5º. Agravante de género (art. 22.4º CP). El concepto erróneo de violencia de género ha conducido a que el legislador tenga que introducir dos agravaciones, sexo y género.**

# Regulación legal y fundamento de la circunstancia agravante por discriminación de género

# Regulación legal

7

## Art. 22.4<sup>a</sup> CP (modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo)

“Son circunstancias agravantes: 4<sup>a</sup> 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”.

## Justificación de la reforma

- La necesidad de “reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal a las víctimas de la violencia de género”, extendido a todos los delitos del Código penal la agravación derivada del hecho que motivó la creación de los tipos penales de violencia de género.
- La obligación de adecuarse a los compromisos internacionales del Estado español, como el 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 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011 (Convenio de Estambul).
- El Convenio de Estambul define el género como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” (art. 3.c)

# Fundamento

8

- La ratio de la circunstancia objeto de estudio en un desvalor adicional del resultado.
- La mayor penalidad se justifica porque el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización, mediante hechos delictivos, de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE).

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”.

- Trato discriminatorio: aquel comportamiento que conlleva implícitamente una negación de igualdad entre los seres humanos, negación fundamentada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia.
- Es una agravante fundada en la igualdad entre todos sea cual sea nuestro género.

# Fundamento

- Del examen de las sentencias ya dictadas en diferentes Audiencias Provinciales en las que se ha analizado la circunstancia agravante que nos ocupa, (AP de Castellón, de 2 de octubre de 2017, AP de A Coruña, Sección 1º, núm. 198/2017, de 2/05, de Lleida, Sección 1ª, núm. 56/2017, de 7/02; y de Valencia, Sección 2ª, núm. 145/2017, de 3/03 ), se aprecia un criterio uniforme, al entender que "en cuanto a la agravante de género, introducida por la L.O. 1/15, la misma se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que por tal circunstancia natural le debe la víctima, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros" (SAP de Badajoz núm. 5/2018, de 5 de febrero).

# Fundamento

10

## Requisitos que deben concurrir para demostrar la motivación discriminatoria

1. Que haya quedado claramente acreditado que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y, por lo menos en parte, rechazado por ésta y que objetivamente puede ser objeto de discriminación. Esa acción, por tanto, podrá, en algunas ocasiones, no sólo quebrantar de forma directa la seguridad de la víctima, sino que también de modo indirecto vulnerará las expectativas de protección del resto del colectivo potencialmente discriminado.
2. Que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada.
3. Que en el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que pudieran explicar por sí mismas las razones de la actividad ilícita, o que, apareciendo, no sean determinantes precisamente del acto ilícito.

**Diferenciación con la agravante de cometer el delito por discriminación relativa al sexo de la víctima y la de discriminación por razón del género de la víctima**

# Identidad sexual, orientación sexual, sexo y género

12

## Identidad sexual

Referencia reconocimiento de una persona como hombre o mujer, como uno y otro, o como ninguno, con independencia del sexo biológico.

Se aplicará en aquellos casos en los que el delito se cometa sobre una persona por el mero hecho de ser transexual, por ejemplo.

## Orientación sexual

Tendencia sexual de una persona, en todas las formas imaginables y, podrá aplicarse cuando la agresión esté motivada por la homosexualidad, heterosexualidad o cualquier otra tendencia que obedezca a las preferencias sexuales de la víctima.

## Sexo

Realidad biológica de hombre o de mujer, independientemente de su orientación sexual.

Este motivo debe interpretarse de acuerdo a la CE, es decir, en términos de paridad entre el hombre y la mujer, por lo que sólo es relevante que el sexo sea el motivo de la conducta delictiva.

Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

v. gr. móvil: misoginia, misandria, embarazo.

## Género

Aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que una concreta sociedad considera propios de mujeres o de hombres.

Es con ocasión de la obra de Simone de Beauvoir “El segundo sexo” (1949) cuando se considera que surge la idea de diferenciar lo biológico de lo sociocultural relacionado con cada uno de los grupos de sujetos diferenciados en una estructura dicotómica y patriarcal.

v. gr. móvil: machismo, dominación o sometimiento

Una correcta interpretación pone de manifiesto que estas cuatro circunstancias pueden cubrir aspectos diferentes de una violencia que, de manera genérica afecta a mujeres y a aquellos que, en el ejercicio de su sexualidad, se apartan del patrón de la mayoría.

De este modo, tradicionalmente, en términos de desigualdad se ha venido asignando a ambos sexos una serie de roles o funciones determinadas como consecuencia de la estructura patriarcal, y por lo tanto dicotómica, de la sociedad, siendo así que a la mujer se le han atribuido funciones privadas o correspondientes al ámbito doméstico (cuidado, afecto emocional y sexual, reproducción biológica, etc.) mientras que al hombre se le han asignado funciones públicas y productivas (trabajo remunerado para el mantenimiento de la unidad familiar, protección, toma de decisiones, etc.).

Funciones de cada uno de los sexos que lleva aparejado un carácter o un estereotipo diferente respecto al modo de actuar (debilidad, dependencia y sumisión frente a fuerza, asertividad y autonomía).

Es precisamente la falta de adecuación del sujeto al rol de género socioculturalmente establecido, esto es, que un hombre o una mujer lleven a cabo comportamientos que socialmente son asignados al sexo contrario, lo que ha supuesto, en múltiples ocasiones, que dicho sujeto sea objeto de discriminación e incluso la comisión de agresiones, acometimientos, etc.

No es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios cuando de dominación por razones de género se trata, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad (STS 59/2021, de 27 de enero).

# Aplicabilidad: requisitos

15

# 1. **Ámbito objetivo**

# Ámbito objetivo: relación con otros tipos penales

16

## Existencia simultánea en nuestro ordenamiento de:

- Tipos específicos de violencia de género (lesiones agravadas, maltrato ocasional, maltrato habitual, amenazas leves y coacciones leves).
- Circunstancia agravante de discriminación por razones de género (art. 22.4<sup>a</sup> CP).

## Conclusión

- No es posible su apreciación conjunta so pena de vulneración del principio *ne bis in idem* (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre; 565/2018, de 19 de noviembre; 707/2018, de 15 de enero de 2019). En la configuración de estos preceptos ya se introduce, por lo tanto, el elemento del género y se desvalora el mayor injusto de una conducta cometida por un móvil machista.
- La circunstancia agravante de discriminación por razones de género (art. 22.4<sup>a</sup> CP) vendría a extender sus efectos de manera complementaria a estas figuras. Esta circunstancia agravante resultará especialmente operativa en los casos de homicidio y asesinato.

# Ámbito objetivo

17

## Concepción estricta

Únicamente exasperará la pena en todos aquellos supuestos en los que, pese a existir una relación - presente o pretérita - de pareja no se les ha dispensado un trato diferenciado y respecto de los que, hasta ahora, se venía apreciando la circunstancia mixta de parentesco con efectos agravantes.

v.gr. STS 420/2018, de 25 de septiembre

Rueda Martín

## Concepción amplia

No todo delito que se comete entre sujetos idóneos responde a razones de género, aunque exista un alto porcentaje que sí lo haga.

No toda infracción por razones de género se da entre sujetos unidos por una relación –presente o pretérita- de pareja.

La nueva agravante podría ser de aplicación no sólo en los supuestos que, existiendo o habiendo existido una relación de pareja, no hayan sido objeto de un tratamiento diferenciado, sino también en casos de violencia intrafamiliar e, incluso, entre sujetos que carezcan de este tipo de vínculos.

En principio no habrá más exclusiones que la de aquellos tipos que incluyan en su descripción factores de género.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer (STS 444/2020, de 14 de septiembre)

v. gr. SSTS 565/2018, de 19 de noviembre; 707/2018, de 15 de enero de 2019; 99/2019, de 26 de febrero; 444/2020, 14 de septiembre; 571/2020, de 3 de noviembre; 59/2021, de 27 de enero; 114/2021, de 11 de febrero).

# Argumentos a favor de la concepción amplia

- ❑ La tesis restrictiva, además de contravenir el espíritu del Convenio de Estambul, perpetuaría una situación de consideración de violencia sobre la mujer como una subclase de violencia familiar, circunscrita, únicamente, al ámbito privado.
- ❑ A efectos de determinación de la pena, de no concurrir otras circunstancias, sería innecesaria una referencia expresa porque el mismo quantum se obtendría con la apreciación de la agravante de parentesco.
- ❑ La alusión al género no se circunscribe a la circunstancia agravante, sino que también se ha incluido en relación con los delitos de incitación al odio (art. 510 ) y la denegación de prestaciones (art. 511 y 512 ), figuras que, desde luego, nada tienen que ver con las agresiones en el seno de una relación de pareja.
- ❑ La STS de 10 de febrero de 2016 señala que la nueva agravante “puede abarcar, de un modo más específico, supuestos no incluidos en la circunstancias mixta de parentesco”, como podrían ser las de noviazgo sin convivencia.

19

## 2. Ámbito subjetivo

# Ámbito subjetivo

20

## Concepción estricta

Delitos cometidos sobre la mujer por razones de género.

Sujeto pasivo: mujer

Esta agravante se aplicará cuando la conducta del varón trate de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano (STS 59/2021, de 27 de enero)

Doctrina: Borja Jiménez, Marín de Espinosa Ceballos, Rueda Martín, Olaizola Nogales

Jurisprudencia: SSTS 420/2018, de 25 de septiembre; 565/2018, de 19 de noviembre; 99/2019, de 26 de febrero; 59/2021, de 27 de enero.

## Concepción amplia

Delitos cometidos por razones de género.

Sujeto pasivo: hombre y mujer que lleva a cabo un comportamiento distinto del correspondiente a su género en los términos socioculturalmente establecidos.

La referencia al género, como código socio-cultural que asigna posiciones diferenciadas a lo femenino y a lo masculino, puede dar también cobertura a colectivos que pueden sufrir marginación o rechazo social, precisamente, por expresar opciones sexuales divergentes de la norma.

Doctrina: Boldova Pasamar, Díaz López

# Ámbito subjetivo: hombre y mujer

1. La violencia o la discriminación por razones de género va a afectar al sujeto pasivo tanto hombre como mujer, siempre y cuando nos encontremos ante aquel sujeto que no ajusta su actuación al rol de género socioculturalmente preestablecido y determinado, atendiendo a una sociedad patriarcal y dicotómica en el que hombres y mujeres se diferencian por el cumplimiento de un papel determinado.
2. Esto es, que la agravación de las penas en los términos contenidos en el art. 22.4.º CP responde a una voluntad del legislador de sancionar con mayor pena y por suponer un incremento del injusto a quien con sus actos pretende discriminar al sujeto pasivo por no ajustarse a dicho rol de género.
3. La definición que contiene el apartado c. del artículo 3 del Convenio de Estambul alude al género en referencia tanto a hombres como a mujeres.
4. El Estatuto de Roma considera un crimen contra la humanidad la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en diversos motivos, entre los que se encuentra los de género (art. 7.1.h); precisando que el término “género”, a los efectos de dicho Estatuto, debe entenderse en referencia a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad (art. 7.3).
5. El hecho de que el legislador español, remitiéndose a dichas definiciones, no se haya limitado a la violencia sobre la mujer por estos motivos, debe entenderse como que ha pretendido incluir ambas posibilidades.

# Ámbito subjetivo: hombre y mujer

## Ejemplo

Un supuesto claro de discriminación por razones de género en el que el sujeto pasivo fuera hombre, sería su concurrencia en supuestos de acoso laboral o mobbing en los términos contenidos en el art. 173.1 del Código Penal cuando dicha situación deviene de la voluntad del sujeto activo de atentar contra la dignidad del trabajador o funcionario porque este ha solicitado permisos de paternidad para cuidar de un hijo recién nacido, al ser esta función de cuidado ajena a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones que nuestra sociedad considera propios de los hombres.

Cuando un superior jerárquico llevara a cabo un trato vejatorio grave, de forma habitual, prolongado en el tiempo y de forma sistemática a un subordinado, llegando a causar al mismo graves problemas psicológicos, y se acreditara que dicha actuación es una venganza del sujeto activo por el mero hecho de que el trabajador solicita los permisos laborales que le corresponden a fin de hacerse cargo de las labores de cuidado de sus hijos, en lugar de que fuera la progenitora quien lo hiciera, podríamos encontrarnos ante la comisión de un delito de acoso laboral regulado en el art. 173.1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de discriminación por razones de género reconocida en el art. 22.4.º del mismo texto legal.

# Ámbito subjetivo: hombre y mujer

23

- A modo de ejemplo, el delito cometido contra un hombre porque es bailarín de ballet, siendo esta actividad entendida como propia de las mujeres, de modo que «choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye a su género masculino».

24

## 3. Vertiente subjektivista u objektivista

# Vertiente subjetivista

25

La apreciación de la agravante exige la concurrencia de un móvil concreto en el autor (elemento subjetivo del injusto)

Es necesario probar la motivación de actuar por razones de género, es decir, que actuó por un motivo discriminatorio

El delito debe cometerse con el ánimo de discriminar a la víctima (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre; 565/2018, de 19 de noviembre).

En la STS 565/2018, de 19 de noviembre, se afirmaba que la circunstancia agravante de género tenía un fundamento subjetivo al necesitar que concurriera en el autor del delito «un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que esta es inferior por el mero hecho de serlo», el cual debe inferirse, sin duda alguna, de una serie de hechos circunstanciales.

Móvil discriminatorio que debe probarse con la realización de comportamiento externos del autor.

En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, STS 114/2021, de 11 de febrero

# Vertiente subjetiva: dudas

26

- Si la finalidad de humillar o discriminar se interpreta de forma muy amplia, todos los delitos contra las mujeres pueden entenderse cometidos por razones de su género o con el fin de dominarlas.
- Por el contrario, si se exige que se demuestre que ésta es la única finalidad o la prioritaria, ello puede llevar a la inaplicación absoluta de las figuras delictiva.
- Por otro lado, hacer depender la aplicabilidad de la agravante solamente de la motivación del autor traería como consecuencia un problema fundamental como es la imposibilidad de distinguir entre motivaciones conscientes e inconscientes,

# Vertiente objetivista: manifestación de discriminación

27

- No requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (así lo hemos dicho en la STS 99/2019), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, que los hechos, acreditados objetivamente, sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador.
- **El móvil es, por tanto, un mero reflejo de un dato objetivo u objetivable que se estima prueba suficiente.**
- Ese componente "machista" hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades (STS 99/2019, de 26 de febrero). Contexto de dominación
- No será necesario acreditar los motivos, las razones o los móviles que conducen al autor a cometer el delito, ni mucho menos cuál de ellos se antoja el preponderante, o si toma forma consciente o inconsciente en la mente del sujeto activo. La motivación subjetiva del autor ha de quedar relegada a un segundo plano, siendo lo relevante la peligrosidad objetiva que su conducta pueda generar.

# Vertiente objetivista: manifestación de discriminación

- ATS de 31 de julio de 2013: “No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría la agravación estará legal y constitucionalmente justificada”.

# Vertiente objetivista: manifestación de discriminación

- Las agravaciones que introduce la “Ley Integral” no se construyen –como hubiera sido deseable– en torno a la ejecución del hecho delictivo como manifestación de discriminación por género, sino en torno al sexo del sujeto pasivo del mismo. Por lo tanto, se trata de delitos de aplicación automática cuando la víctima sea la esposa, exesposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, tal y como ha confirmado la STS 677/2018, de 21 de diciembre, zanjando, así, la discusión acerca de la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto, concretado en el denominado “animus machista”.
- Por el contrario, la agravante que ahora nos ocupa hace referencia a la “discriminación por razones de género” –elemento que no aparece en los tipos reformados por la “Ley Integral”–, lo que supone, por más que a la misma se le haya otorgado una fundamentación objetiva, que no es de aplicación automática, siempre que el sujeto activo del delito sea un varón y el pasivo una mujer, sino que será preciso constatar que, en el caso concreto, la actuación del hombre constituye una manifestación de discriminación en el sentido anteriormente indicado.

# Vertiente objetivista: agravante de género relaciones de pareja

30

## □ **Agravante de género relaciones de pareja**

STS 571/2020, de 3 de noviembre: cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación.

Actos de control: el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica.

Actos de humillación: el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares.

Casos de homicidio / asesinato: no aceptación de la ruptura de la relación. Violencia dirigida a "reconducir el dominio cuestionado").

## □ Sentencia del TS 420/2018 de 25 de septiembre.

La Sentencia de la AP de Segovia de 16 de noviembre de 2017, hechos probados: "Benigno, conoció a Elisa en el año 2015, desembocando en una relación de afectividad sin convivencia que, con rupturas intermedias y discusiones frecuentes, derivadas del carácter celoso, posesivo y en ocasiones amenazante del acusado, continuó hasta el 1 de octubre de 2016. Tras una de esas rupturas, que tuvo lugar al inicio del verano de 2016, retomaron su relación en septiembre." Por lo que respecta a la secuencia en la agresión, se hace constar que "En un momento dado el acusado quitó el móvil a Elisa, al estar ésta atendiendo al mismo, movido por los celos de que pudiese estar comunicando con otro hombre, y guardándoselo en el bolsillo pese a que Elisa le pidió que se lo devolviera... sacó el cuchillo que llevaba escondido y se abalanzó sobre ella dándole cuchilladas, al tiempo que profería expresiones como "si no eres mía no eres de nadie".

# Vertiente objetivista: agravante de género relaciones no de pareja

31

## □ Delitos sexuales

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de dominio machista.

Actos externos: sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros (STS 444/2020, de 14 de septiembre).

# Vertiente objetiva: delitos sexuales

32

- SAP de Barcelona 569/2020, de 18 de noviembre

Juan Ramón , consumada la última penetración vaginal a Angelina , **dijo a ésta: "me he corrido dentro por perra y porque eres mujer, que si no te pegaba"**.

**Tal frase, de incuestionable contenido vejatorio y humillante para la víctima, es exponente de que el sujeto activo del delito redujo a la mujer que sufrió su ataque a la simple condición de objeto para su desahogo carnal, estándose ante un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer.**

**Decirse por el autor a la víctima que se había corrido dentro de ella por "perra" supuso cosificar a la misma, debiendo añadirse que al dirigirse igualmente a ella diciéndole que "porque era mujer, que si no le pegaba", tal expresión, bajo la apariencia de un trato considerado hacía su destinataria, en realidad encerraba una clara desigualdad en cuanto manifestación de dominio o superioridad del hombre sobre la mujer.**

**En definitiva, se traspasó la mera ejecución de una conducta en la que estuvieron presentes los elementos típicos configuradores de una concreta figura delictiva, el abuso sexual con penetración, añadiéndose un plus de antijuridicidad innecesario para la consumación del delito, a través del cual se hizo patente la subordinación de la mujer que fue víctima del mismo frente al acusado que lo ejecutó, quien sin duda fue plenamente consciente del comportamiento a través del cual se generó ese plus de gravedad.**

# Vertiente objetiva: delitos sexuales

33

## □ STS 444/2020, de 14 de septiembre

### ¿Por qué se aplica la agravante en este caso?

El acusado, en primer lugar, se niega a pagar los servicios sexuales, golpea a la víctima, le dice “te enteras ya cómo va esto” y la penetra anal y vaginalmente varias veces, cuando con una ya hubiera consumado el tipo, al terminar eyacula en su boca y después le da un fuerte puñetazo, tras lo que le roba el móvil y el monedero.

**La frase que el acusado dice a la víctima y la forma de llevar a cabo la agresión**, no solo satisfaciendo su deseo sexual y golpeándola o intimidándola para vencer su resistencia, sino **cosificando el cuerpo de esta como mero objeto sexual**, penetrándola por distintas vías, eyaculando en su boca y dándole un puñetazo al terminar, conllevan ese plus de discriminación, esa perpetuación de la cultura de la violación tan arraigada en el machismo, como símbolo de poder sobre la mujer y de sometimiento de esta.

34

# 4. Comunicabilidad

# Comunicabilidad

35

No

El mayor desvalor que justifica la aplicación de la circunstancia se halla en los móviles del autor, se trata de una “causa de naturaleza personal” y, por lo tanto, solo agravará la responsabilidad de aquellos en quienes concurra (art. 65.1 CP)

Sí

El fundamento de la agravante objeto de estudio no se encuentra en la motivación del sujeto activo del delito, sino en un mayor desvalor del resultado, lo que nos traslada al ámbito de la “ejecución material del hecho” (art. 65.2 CP).

En consecuencia, la agravante de discriminación por razones de género es una circunstancia comunicable, que agravará la responsabilidad de quienes hayan tenido conocimiento de ella en el momento de la acción o de su cooperación al delito.

v. gr. si un sujeto mata a su mujer porque esta se niega a entregarle su teléfono móvil para poder controlar sus comunicaciones o porque no acepta la ruptura de la relación que mantenía con ella, al participe en este hecho que conociera estos extremos y que, por lo tanto, conocía que el hecho constituía una manifestación de dominación de ese hombre sobre esa mujer, le será de aplicación la agravante de discriminación por razones de género, resultando indiferente si su motivación para contribuir en el delito fue, en efecto, su convencimiento de la prevalencia del varón respecto de la mujer o si fue, por ejemplo, meramente económica.

36

## 5. Compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco

# Compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco

37

## Circunstancia mixta de parentesco

Fundamento: existencia de vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho.

### Agravante

Esta circunstancia actúa como agravante en aquellos delitos que tienen un contenido eminentemente personal (como los delitos contra la vida, contra la integridad física de las personas o contra la libertad sexual).

v.gr. “La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales“ (STS de 19 de julio de 2018).

menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas.

### Agravante de género

Fundamento: igualdad entre todos sea cual sea nuestro género.

### Atenuante

Opera como atenuante en el caso de figuras delictivas que no protegen un bien jurídico individual (como ocurre con los delitos contra la propiedad), perpetrados sin violencia ni intimidación.

v. gr. Atenuante muy cualificada: apreciable: madre que entrega droga a hijo toxicómano en centro penitenciario.

“En el presente caso, estimamos su procedencia al tratarse de madre-hijo. En cuanto a su valor, le damos el de una atenuante muy cualificada con los efectos penológicos del art. 61-2º lo que se determinará en la segunda sentencia. La razón de la cualificación la encontramos en la intensidad del vínculo madre-hijo, en lo difícil que para una madre, conocedora de la condición de toxicómano de su hijo, es negarse a facilitar a su hijo en prisión algo de droga, y la reflexión final de que en ese escenario. No existiría merecimiento de pena que supusiera el ingreso en prisión de la recurrente”.

# Compatibilidad con la circunstancia mixta de parentesco

38

## Concepción restringida ámbito objetivo agravante de género

La aplicación de la agravante de parentesco como agravante en base a la existencia, presente o pasada, de una relación de esas características entre autor y víctima, junto con la agravante de género, siendo uno de los requisitos exigidos para la apreciación de esta última, precisamente, esta misma relación, implica tener en cuenta doblemente dicha circunstancia para agravar la pena, incurriendo en un *ne bis in ídem* prohibido (STS de 25 de septiembre de 2018).

## Concepción amplia ámbito objetivo agravante de género

La relación de pareja entre el sujeto activo y pasivo del delito deja de ser condición indispensable para la concurrencia de la circunstancia objeto de estudio.

Quedan claramente delimitados los diversos fundamentos de las dos agravantes.

En aquellos casos en los que el delito cometido sea expresión de la superioridad del hombre sobre mujer, concurrirá la agravante de discriminación por razones de género y si, además, existe o ha existido una relación matrimonial o análoga entre los sujetos, ello podrá dar lugar a la aplicación de la agravante de parentesco, sin que suponga una doble valoración de esta circunstancia (STS 565/2018, de 19 de noviembre).

Agravante de parentesco + agravante de género

Atenuante de parentesco + agravante de género



# Conclusiones

La nueva circunstancia del art. 22.4<sup>a</sup> CP no solo cumple los mandatos recogidos en instrumentos como el Convenio de Estambul, sino que además viene a cubrir una laguna de nuestro ordenamiento.

Se supera la objeción centrada en la falta de uniformidad de la regulación penal contenida en la LOVG y que generó una incoherencia intrasistemática al agravar sólo aquellos actos de violencia física y psicológica, que consistieran en determinados delitos. Entre ellos no se incluían ni los más representativos ni los de mayor gravedad en esa clase de violencia (como son los delitos de homicidio y asesinato).

Posibilidad de modular la gravedad de los delitos de homicidio o asesinato de mujeres y, también, de personas transgénero, transexuales o intersexuales, en función siempre del contexto de dominio o subordinación en que se haya provocado la muerte.

¿Supresión de los delitos específicos de violencia de género? Convivencia compleja.

¿Riesgo de que el concepto de violencia de género pierda su utilidad político-criminal, neutralice el efecto visibilizador y, asimismo, obvie el origen discriminatorio de esta clase de violencia y el papel de sumisión que la sociedad patriarcal atribuye a las mujeres?



# Bibliografía

AGUILAR CÁRCELES, Marta María: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykison, Madrid, 2015, pp. 53-80.

BORJA JIMENEZ, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-123.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, Ed. Civitas, Madrid, 2013.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín: “La agravante genérica de discriminación por razones de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, n.º 20-27, pp. 1-20.

GARCÍA SEDANO, Tania: “La circunstancia agravante de género” en *La Ley Penal*, nº 131, marzo-abril 2018, pp. 1-7.

# Bibliografía

MAQUEDA ABREU, María Luisa: “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María /QUERALT JIMÉNEZ, Joan /CORCOY BIDASOLO, Mirentxu /CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (coords.): *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. BdF, Buenos Aires, 2017, pp. 703-714.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, n.º 21-04, pp. 1-37.

SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor: *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2019.

SEOANE MARÍN, María Jessica/OLAIZOLA NOGALES, Inés: “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22. 4º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 39, 2019, pp. 455-490.

LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAS, Sandra: “La agravante de discriminación por género como repuesta a las limitaciones penales en la violencia de género”, *EUNOMÍA: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2022, n.º 22, pp. 158-187.

