

La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-27, pp. 1-20. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-27.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 20-27(2018), 12 dic]

RESUMEN: La última reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha afectado, entre otros preceptos, a la agravante genérica del art. 22.4. Así, a la agravante por motivos de discriminación se ha incorporado expresamente, como elemento determinante de su apreciación, el género. En este trabajo se pretende determinar si es o no necesaria la creación de este nuevo motivo de discriminación, al tiempo que se analiza su exacto alcance. No en vano, la discriminación por razón de género ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, que ha calificado su introducción como expresión de una mera reforma simbólica, hasta el punto de llegarse a afirmar, no sólo que dicho motivo podría considerarse ya incluido en el de discriminación por razón de sexo, sino que, además, el Código Penal ya contenía esta agravación como una circunstancia específica en los considerados “delitos de género”. Del estudio de esta agravante se deduce su aplicación limitada al ámbito privado de la víctima, al restringirse a los supuestos en que la mujer mantiene o ha mantenido

una relación sentimental con el agresor, en coherencia con el concepto erróneo de violencia de género recogido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Además, la existencia de esa relación de afectividad, presente o pasada, plantea la duda de si esta nueva circunstancia genérica resulta compatible con la agravante de parentesco del artículo 23 CP.

PALABRAS CLAVE: Agravante por razón de género, agravante por razón de sexo, agravante de discriminación, violencia de género.

ABSTRACT: The latest reform of the Criminal Code carried out by LO 1/2015, of March 30, has affected, among other precepts, the generic aggravation of art. 22.4. Thus, to the aggravating circumstance for reasons of discrimination, gender has been expressly incorporated, as a determining element of its assessment. The purpose of this paper is to determine if the creation of this new discrimination motive is necessary or not, while analyzing its exact scope. Not in vain, discrimination based on gender has been questioned by a sector of the doctrine, which has described its introduction as an expression of a mere symbolic reform, to the point to be said, not only that this reason could be considered already included in the case of discrimination based on sex, but also that the Criminal Code already contained this aggravation as a specific circumstance in those

considered "gender crimes". From the study of this aggravating circumstance, its limited application to the private sphere of the victim can be deduced, since it is restricted to the assumptions in which the woman maintains or has maintained a sentimental relationship with the aggressor, in coherence with the erroneous concept of gender violence included in the Organic Law 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence. In addition, the existence of this relation-

ship of affectivity, present or past, raises the question of whether this new generic circumstance is compatible with the aggravating kinship of Article 23 CP.

KEYWORDS: Aggravating by reason of gender, aggravating by reason of sex, aggravate of discrimination, gender violence.

Fecha de publicación: 12 diciembre 2018

SUMARIO: I. Introducción. II. La agravante genérica por motivos de discriminación del art. 22.4 CP. III. La nueva agravante genérica de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP. A. Delimitación de la agravante de discriminación por razón de sexo con respecto a la agravante de discriminación por razón de género. B. El ámbito de aplicación de la nueva agravante genérica de discriminación por razón de género. IV. Conclusiones y propuesta de lege lata. Bibliografía.

I. Introducción

La última reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha afectado, entre otros preceptos, a la agravante genérica del art. 22.4. Así, a la agravante por motivos de discriminación se ha incorporado expresamente, como elemento determinante de su apreciación, el género. Es la segunda ocasión en la que la agravante en cuestión ha visto precisado su alcance desde que el Código Penal de 1995 le confirió su actual redacción¹, pues ya la LO 5/2010, de 22 de junio había efectuado una modificación de la misma a fin de mencionar como causa u origen de su apreciación la consideración expresa de la identidad sexual².

En este trabajo se pretende determinar si es o no necesaria la creación de este

¹ Aunque esta circunstancia fue introducida previamente por la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica los delitos de apología del genocidio modifica el Código Penal de 1973, con objeto de adaptar la legislación al Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948. La Exposición de Motivos de la LO 4/1995 justifica esta aportación "por la proliferación de episodios racistas y antisemitas de ideología nazi ocurridos en Europa, e incorpora al apartado 17 del artículo 10 CP una nueva circunstancia agravante con la siguiente redacción: "17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima". Posteriormente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal amplía los supuestos y tipifica en el art. 22.4 la agravante de discriminación. En esta ocasión, la Exposición de Motivos alega que "se introduce, por último, 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". Esta nueva circunstancia se redacta en los siguientes términos: "el 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. Finalmente, LO 5/2010, de 22 de junio introduce la discriminación por identidad sexual. Ampliamente sobre la evolución de esta agravante y sus antecedentes en DÍAZ LÓPEZ, J.A., El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4 CP, Madrid, 2013, pp. 4 y ss.

² También se modifica su redacción. Se acude a la expresión "discapacidad", en lugar del término minusvalía que se utilizaba anteriormente.

nuevo motivo de discriminación, al tiempo que analizar su exacto alcance. No en vano, la discriminación por razón de género ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, que ha calificado su introducción como expresión de una mera reforma simbólica³, hasta el punto de llegarse a afirmar no sólo que dicho motivo podría considerarse ya incluido en el de discriminación por razón de sexo, sino que, además, el Código Penal ya contenía esta agravación como una circunstancia específica en los considerados “delitos de género”.

II. La agravante genérica por motivos de discriminación del art. 22.4 CP

La agravante por motivos de discriminación del art. 22.4 CP, desde su inclusión en el Código penal de 1995 ha sido, en todo momento, considerada una circunstancia polémica⁴. Así, un sector de la doctrina⁵ ha venido entendiendo que no existen razones para que, apreciando su concurrencia, se haya de ver incrementada la gravedad objetiva del delito, al aumentarse la pena por algo que, en realidad, pertenece al fuero interno del autor y, por tanto, relacionado con los móviles que dirigen su actuación. Por el contrario, otros penalistas⁶ han deducido de la misma premisa de que todas las circunstancias agravantes deben aumentar el injusto del hecho y afirman que, junto al bien jurídico propio del delito que se comete (vida, integridad, libertad, etc.), se tutelan los mandatos contenidos en los artículos 10, 13.1 y 14 CE. Asimismo, otro sector doctrinal interpreta que el principio de igualdad se concreta en el derecho del sujeto pasivo a no ser discriminado y, por tanto, a ser tratado igual a cualquier otro⁷. En este sentido se pronuncia LAURENZO COPELLO, que identifica el trato discriminatorio como un “comportamiento que implica una negación de igualdad entre los seres humanos fundamentada en ciertos

³ En este sentido AGUILAR CÁRCELES, M. M. “*Circunstancias agravantes genéricas*”, en: MORILLAS CUEVA (DIR), Estudios sobre el CP reformado, 2015, p. 63. En sentido similar BORJA JIMÉNEZ, E. “La circunstancia agravante de discriminación:”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir), Comentarios a la Reforma del CP 2015, 2ª ed, 2015, p.119; LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal” *Estudios penales y criminológicos*, 1996, p. 22.

⁴ El Tribunal Supremo también se hace eco de ello en la Sentencia 2446/2015, del 16 de abril de 2015, (FJº décimo noveno).

⁵ Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN. Derecho penal. Parte General. Tirant lo Blanch. 2015, p. 524. BERNAL DEL CASTILLO, J., La discriminación en el Derecho Penal, Comares, Granada, 1998, p. 68.

⁶ QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios al Código Penal Español. Tomo I. Thomson Reuters. Ed. 2011, p. 302; MIR PUIG, S. Derecho penal. Parte General, Reppertor. 2016, p. 656; GARCÍA ÁLVAREZ, P., El Derecho penal y la discriminación. Tirant lo Blanch, 2003, p. 289.

⁷ LAURENZO COPELLO, P. LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación en el Código penal de 1995”, en Estudios penales y criminológicos, 1996, p. 235, que propone “explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta a otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”. En el mismo sentido se manifiesta REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (art. 22.4 del Código Penal)” *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, 2015. p.16.

rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia”. En esta misma línea, otro sector, defiende que esta circunstancia tiene una naturaleza dual⁸, con un referente individual, que consiste en el derecho que tienen todas las personas a ser tratadas iguales, con independencia de los rasgos que las diferencian de la comunidad dominante, y otro de carácter supraindividual que hace referencia al “peligro para las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas”⁹ que se sienten amenazados, lo que provoca una pérdida del “sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como resultado de la agresión –en sentido amplio– racista, xenófoba, islamofóbica u homófoba, el cual corre el riesgo además, de repetirse en el futuro, lo que, en última instancia, se traduce en una limitación de la libertad”¹⁰.

A mi juicio, como mantiene un amplio sector de la doctrina, el incremento de pena de esta circunstancia agravante se fundamenta en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y, especialmente, en el derecho a la no discriminación, derechos íntimamente relacionados entre sí, como si fueran las “dos caras de la misma moneda”¹¹. Ambos se encuentran expresamente reconocidos en numerosas declaraciones internacionales¹² y en España los hallamos en el art. 14 CE que proclama: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o

⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Volumen 57, 2004, pp. 167 y ss. Este autor señala que estas conductas antidiscriminatorias tienen un plus o un mensaje adicional, similar a la categoría de los “delitos de clima” defendidos por Jakobs, desde los postulados de su teoría funcionalista. Aunque con matices, en un sentido similar se manifiesta LANDA GOROSTIZA, J.M. La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la “normativa antidiscriminatoria” del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia), Comares, Granada, 2001, pp. 185 y ss 302; HORTAL IBARRA, J.C. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4º CP), una propuesta restrictiva de interpretación” *Cuadernos de política criminal*, nº 108, 2012, p. 45.

⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios... p. 167.

¹⁰ Cfr. HORTAL IBARRA, J.C. “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios”... p. 47. En similares términos se expresaron previamente LANDA GOROSTIZA, J.M., “La política criminal... p. 185, señalando que se “produce una escalada de gravedad que convierte a la conducta en idónea para transmitir un mensaje amenazante, para conmover las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable”; o DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Delitos cometidos por motivos discriminatorios... p. 168, que considera que en estos tipos de racismo existe “una expectativa cualificada a un cuestionamiento cualificado infracción más una amenaza tácita de futuras infracciones de la vigencia de expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad”.

¹¹ ALONSO ALAMO, M. “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, 2008, n. 95. p. 21. En sentido similar REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación... p. 3.

¹² Entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 1, 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (artículos 2.2º y 3º); la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (artículos 1 y 10); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 (artículo 17), y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 20, 21 y 23).

cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Si bien es cierto que este precepto constitucional sólo enumera unas determinadas categorías o supuestos de no discriminación, que tradicionalmente se encuentran muy arraigados en nuestra sociedad¹³ -por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión-, la lista no se presenta cerrada. Todo lo contrario, mediante la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” el Tribunal Constitucional paulatinamente ha ido agregando otros motivos discriminatorios, como son la edad, que se refiere tanto a las personas mayores como a las menores de edad; la discapacidad; la orientación e identidad sexuales; la discriminación por circunstancias familiares, como ocurre en los casos de efectiva conciliación entre la vida familiar y la laboral; la enfermedad o el estado de salud¹⁴.

El paso del tiempo, ha supuesto la introducción de cambios en los valores asumidos por la sociedad y los poderes públicos que implica una exigencia de mayor protección y defensa de los derechos individuales. Por ello, junto a los tradicionales motivos de discriminación se han empezado a visualizar otros grupos sociales minoritarios que también son discriminados (como, por ejemplo, migrantes, el colectivo LGTBI o la población en situación de riesgo y exclusión social). Y es que, sin duda, una persona que se considere integrante de uno de los colectivos discriminados tendrá mayores dificultades para desarrollar su vida, pues la simple vinculación a éstos conllevará menos oportunidades y posibilidades para acceder al mundo laboral, educativo, social, etc. Ciertamente, la discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, esto es, de un prejuicio vinculado a un grupo, que se asigna automáticamente a una persona por el mero hecho de pertenecer a él. “A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc. tan solo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho”¹⁵. En efecto, en palabras de REBOLLO VARGAS, “la discriminación no es una diferenciación en sentido neutro, sino que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual a los miembros de un grupo o colectivo no se les dispensa un trato diferente, sino inferior y, en muchos casos, despectivo; colectivos que adoptan legítimamente, por las razones que sean, determinadas opciones personales que son distintas de los cánones habituales o, incluso, en los que concurren ciertos rasgos o características sobre los que carecen de capacidad de elección, lo cual tiene como resultado una indiscutible

¹³ Así lo expresa REY MARTINEZ, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” *Revista de Derecho Política*. n. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 129 y ss., que elabora un minucioso estudio de cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido ampliando los grupos discriminados. En relación con las categorías expresamente enumeradas, acudiendo a la doctrina del TC señala que éstas «representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5)”.

¹⁴ Ampliamente sobre ello con referencias jurisprudenciales del TC en REY MARTINEZ, “igualdad y prohibición de discriminación... pp. 135 y ss.

¹⁵ Cfr. en REY MARTINEZ, “Igualdad y prohibición de discriminación... p. 136.

marginación, en muchos casos, sistemática que tiene raíces históricas, sociológicas o culturales muy arraigadas”¹⁶.

En el caso concreto de la agravante genérica del art. 22.4 CP por motivos de discriminación, se aumenta el injusto del hecho realizado (lesiones, homicidios, etc.) por dar a la víctima un trato completamente arbitrario e indigno por su mera pertenencia o vinculación a un colectivo discriminado. Ese trato arbitrario persigue su exclusión y aislamiento, lo que la sitúa en una posición desventajosa con respecto al resto de ciudadanos, es decir, a aquellos que no se encuentran integrados en alguno de esos grupos minoritarios.

En la actualidad se promueve la defensa de un “nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico derecho de igualdad, lo que ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado, mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace, también, y quizá, sobre todo, frente a otros particulares”¹⁷. Este Derecho antidiscriminatorio centra su atención, primordialmente, en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen prejuicios especialmente intensos y arraigados¹⁸.

En definitiva, el derecho antidiscriminatorio también recurre al Derecho Penal¹⁹ para otorgar protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en una posición de desventaja para el pleno desarrollo de su vida. Para ello, el legislador no sólo confecciona tipos específicos que sancionan el discriminar a otro en determinados contextos, como por ejemplo, el delito de discriminación laboral (art. 314 CP) o el de denegación de una prestación pública por motivos discriminatorios (arts. 511 y 512 CP), sino que también valora este trato discriminatorio mediante el uso de circunstancias agravantes. En este sentido, el Código Penal, por un lado, introduce agravaciones específicas para aumentar la pena cuando el motivo por el que se comete el hecho delictivo consiste en discriminar al sujeto pasivo, como ocurre, por ejemplo, en los delitos cometidos por violencia de género (arts. 148.4, 153.1, 172.2 y 173.2 CP) y, por otro lado, el texto penal configura una agravante genérica de discriminación (art. 24 CP), para apreciarla en el resto de los supuestos que no estén contemplados en los anteriores preceptos (art. 67 CP).

¹⁶ REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo... p. 5.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F. “Igualdad y prohibición de discriminación...”, p. 129.

¹⁸ REY MARTÍNEZ, F. “Igualdad y prohibición de discriminación... pp. 129 y ss.

¹⁹ Con una posición crítica ante el recurso del Derecho Penal como herramienta adecuada para establecer mecanismos que permitan corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, 1999, p. 16. En sentido similar REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo... p. 16.

III. La nueva agravante genérica de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP

La LO 1/2015, de 30 de marzo, como señala en su Preámbulo, realiza “algunas modificaciones en materia de violencia de género y doméstica para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal a las víctimas de este tipo de delito”. Entre otros cambios²⁰, incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22²¹.

La inclusión de este nuevo motivo de discriminación en el art. 22. 4 CP ya había sido propuesta por un sector de la doctrina como una alternativa al cuestionado Derecho penal sexuado en los tipos de violencia de género²². Sin embargo, también se ha recibido con recelo reprochándosele que se trata de una reforma meramente simbólica²³. En concreto, se alega, en primer lugar, que este motivo ya se encuentra en el de discriminación por razón de sexo y, en segundo lugar, que ya existe esta protección especial por razón de género con agravaciones específicas en los tipos de violencia de género (arts. 148.4; 153,1; 172.2 y 173.2 CP).

A. La agravante de discriminación por razón de sexo y su delimitación con la agravante de discriminación por razón de género

Como se ha indicado, la agravante genérica de discriminación por razón de sexo del art. 22.4 CP ya fue incluida en el texto del actual Código Penal de 1995 y, como es sabido, veinte años después se ha añadido la que trae su causa en la discriminación por razón de género. Durante ese periodo de tiempo, el motivo por razón de sexo ha sido sometido a una continua discusión. Los autores han discrepado acerca de quién es el sujeto pasivo objeto de protección y sobre su alcance.

²⁰ Junto a ello, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, que a partir de la reforma se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. Y en materia de imposición de penas de multa se corrigen las consecuencias negativas en el ámbito familiar prohibiendo, con carácter general, su imposición cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común. Finalmente, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género se tipifica expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.

²¹ Una referencia expresa al género fue propuesta por el Grupo Mixto (UPyD) en el Congreso a través de la enmienda n. 389 en la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, presentando una nueva circunstancia agravante: “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”. BOCG de 18 de marzo de 2010, N° 52-9, Serie A, p. 180.

²² Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Reus, Madrid, 2006, p. 63, COMAS D'ARGEMIR, M., “La ley integral contra la violencia de género: nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coords.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006, p. 35.

²³ En este sentido AGUILAR CÁRCELES, M. M. “Circunstancias agravantes genéricas...” p. 63. En sentido similar BORJA JIMÉNEZ, E. “La circunstancia agravante de discriminación:”... p.119.

El termino sexo se refiere a la realidad biológica de hombre o de mujer, independientemente de su orientación sexual y, por consiguiente, no es una opción que se pueda elegir. Este motivo, para REBOLLO VARGAS²⁴, debe interpretarse de acuerdo a la Constitución, 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. Para el autor citado, este concepto de discriminación por razón del sexo abarcaría los delitos cometidos por el hecho de tener unos determinados atributos sexuales. De ahí que la agravante no se circunscriba únicamente a la mujer, sino que también incluye como sujeto pasivo al hombre²⁵, aunque, como señala QUINTERO OLIVARES²⁶, normalmente la agresión discriminatoria se produce contra la mujer. Por el contrario, LAURENZO COPELLO entiende que la discriminación por razón de sexo es una protección de la mujer y no una formula neutra²⁷, pese a que considere que la desigualdad en el trato que sufre la mujer es difícil de comparar con la que padecen otros grupos a los que la legislación penal pretende asimilar, como, por ejemplo, al de los homosexuales²⁸. En mi opinión, este motivo, efectivamente, se vincula con las características físicas de la persona y, por ello, a mi parecer, como propone un sector de la doctrina, la discriminación por razón de sexo ofrece protección tanto al hombre como a la mujer. En este sentido se ha pronunciado la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la agravante por razón de género. En concreto, la sentencia de 25 de septiembre de 2018²⁹ aclara que en la discriminación referente al sexo “el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre”.

²⁴ REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo... p. 4 La discriminación por razón de sexo “debe ubicarse en el marco constitucional previsto en la Carta Magna, en especial, en el artículo 14 de la CE. A lo que cabe añadir que el art. 9.2 CE ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad real y efectiva de individuos y grupos; que el art. 32.1 CE consagra la plena la igualdad jurídica entre hombres y mujeres por razón de matrimonio; o que el art. 35.1 CE prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto al derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, además de establecer la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente”.

²⁵ REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo... p. 4; En el mismo sentido DÍAZ LÓPEZ, J. A. “Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima”. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. n.º 54, Ene.-Mar. Colombia. 2016.

²⁶ QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios al Código Penal... p. 302.

²⁷ LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación por razón de sexo... p. 18.

²⁸ Pese a esta afirmación, mantiene una postura crítica porque considera que el Derecho penal no es la herramienta adecuada para establecer mecanismos que permitan corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, 1999, p. 16. En sentido similar REBOLLO VARGAS, R. “La agravante de discriminación por razón de sexo... p. 16.

²⁹ STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. La sentencia condena a un hombre, que estaba casado con otra mujer y a la vez mantenía una relación de afectividad sin convivencia con la víctima, con rupturas y discusiones frecuentes derivadas del carácter celoso y posesivo del hombre. El sujeto la acuchilló e intentó asfixiar a la víctima después de quitarle el móvil al considerar que se estaba comunicando con otro hombre y decirle “si no eres mía no eres de nadie”. El Tribunal Supremo, en la sentencia, de 25 de septiembre de 2018, estima el recurso del Fiscal, que solicitaba la aplicación de la agravante de género, y anula parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL) que no la apreció porque entendió que no se había probado el intento de humillación y ultraje de la mujer por parte del condenado, elevando la pena a seis años de prisión por el delito de lesiones y de seis meses de prisión por delito de amenazas. En concreto, inicialmente la Audiencia Provincial de Segovia condenó al agresor a ocho años de prisión y enmarcó la

Una de las cuestiones más controvertidas es el alcance de la agravante por razón de sexo y, en particular, si ésta es de aplicación a los casos de violencia de género. Un amplio sector doctrinal defiende su incompatibilidad³⁰. Así se manifiesta ALONSO ALAMO al indicar que “la expresión violencia de género se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia; por tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico”. A su vez, aunque con matices, DÍAZ LÓPEZ apunta que “no es lo mismo un delito machista (especialmente, en el ámbito de la pareja) que un delito motivado por misoginia”³¹. Para este autor, la segunda noción es la que se refiere al sexo, por lo que no es de aplicación a los casos en que el sujeto lo que pretende es perpetuar unos determinados roles de género. Por el contrario, si podría apreciarse “cuando además pretenda consumir su deseo de causar un mal a su víctima por el sólo hecho de ser biológicamente mujer u hombre”³². DÍAZ LOPEZ señala que la discriminación por razón de sexo es una agravación por motivaciones, pero la violencia de género no sanciona las motivaciones del autor, sino determinados efectos en el contexto de las relaciones de pareja (imposición de una relación de supremacía en el ámbito de la pareja). Por ello, el ámbito de aplicación de la agravante por razón de sexo no es coincidente, ni abarca completamente los supuestos de violencia de género³³.

La jurisprudencia apenas ha apreciado la agravante genérica por razón de sexo, en las dos únicas ocasiones que ha sido alegada, para posteriormente rechazar su apreciación, cabe comprobar que ambas sentencias tienen en común que se trata de un delito de asesinato cuyo sujeto pasivo es una mujer, con la que el autor mantiene³⁴, o con la que ha mantenido, una relación de pareja³⁵. En estos dos aparentes asesinatos por violencia de género no se aplica la agravante por razón de sexo por falta de prueba, sin que el tribunal entre en el contenido de la misma. En una de las

agresión “dentro del ámbito de control y celos que se declaraba probado y la situación de dependencia de la víctima”. Posteriormente, el TSJCL rebajó la pena a cinco años de prisión esa condena al considerar que no era de aplicación la agravante de género por entender que no estaba acreditado el desprecio que requiere la discriminación. Finalmente, el Tribunal Supremo le condena como autor de un delito de lesiones causantes de deformidad, con las agravantes de abuso de superioridad y de actuar por discriminación por razón género. El Tribunal Supremo, desprende de los hechos que existe un “intento de dominación del acusado sobre la víctima y considera que a la víctima “como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto” y aclara que, no obstante, en el caso analizado, esa personalidad del acusado “es solo un elemento más, pues la dominación y el desprecio sobre la mujer, concretamente sobre la que recae la agresión, elementos necesarios para apreciar la agravante, resultan características de la conducta ejecutada, tal y como aparece descrita en los hechos probados”.

³⁰ Expresamente, GOYENA HUERTA, J., en Comentarios al Código penal, (GÓMEZ TOMILLO, Director), Valladolid, 2010, p. 210; BOLEA BARDÓN, «En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», *RECPC*, 2007, p. 23; REBOLLO VARGAS, R. “La discriminación por razón de sexo... p. 9.

³¹ DÍAZ LÓPEZ, J. A. “Una agravante por motivos discriminatorios... p. 12.

³² DÍAZ LÓPEZ, J. A. “Una agravante por motivos discriminatorios... p. 12.

³³ DÍAZ LÓPEZ, J. A. “Una agravante por motivos discriminatorios... p. 12.

³⁴ Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 422/2015 de 30 junio. ARP 2015\765.

³⁵ Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia núm. 49/1998 de 7 julio. ARP 1998\3426.

sentencias se indica “que no se ha podido probar que cometió los hechos con patente desprecio por el sexo de la víctima, Luisa, ni discriminando a la víctima por tal razón; siendo esta motivación determinante para atentar contra su vida”³⁶. Similares explicaciones se utilizan en la segunda sentencia, en la que tampoco se aprecia porque no se ha probado que el “motivo principal de su acción fueran razones tendentes a discriminar el sexo femenino... no siendo apreciable la agravación cuando el móvil de los hechos resulta otro diverso. Así, la mayor parte de los autores han llegado a entender, incluso, que la circunstancia puede apreciarse cuando la intención discriminatoria concurre con otras, pero siempre que aquélla sea la motivación consciente más próxima o, si se quiere, predominante. Igualmente, ha llegado a proponerse como una suerte de teoría de “equivalencia de las motivaciones” que el aplicador del Derecho deberá preguntarse, a la hora de valorar la posible aplicación de esta circunstancia, si prescindiendo del móvil discriminatorio (eventualmente existente) el delito se habría cometido igualmente o si, por el contrario, sin aquél no habría tenido lugar éste, apreciando la circunstancia en el primer caso y despreciándola en el segundo. En fin, el Tribunal del Jurado se pronuncia en su veredicto en forma tal que excluye como relevante cualquier intención discriminadora del sexo de su víctima en el comportamiento del acusado”³⁷.

Recientemente, la ya citada primera sentencia en que se pronuncia el Tribunal Supremo sobre la agravante por razón de género de 25 de septiembre de 2018 señala que la agravación de discriminación por el sexo tiene “puntos de contacto” con la agravante por razón de género. “Es generalmente admitido que el sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra”³⁸. En este sentido, “la agravante por razón de sexo no exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre”. A sensu contrario, podemos deducir que la agravante por razón de género precisa dicha intención de dominación del hombre sobre la mujer y que el sujeto pasivo solo puede ser una mujer.

En definitiva, la agravante por razón de sexo, cuando menos para la doctrina

³⁶ Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 422/2015 de 30 junio. ARP 2015\765.

³⁷ Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia núm. 49/1998 de 7 julio. ARP 1998\3426.

³⁸ STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018.

mayoritaria, no es aplicable a los supuestos de violencia de género y, por otra parte, la jurisprudencia, como en cualquier otro supuesto en que sea de apreciación una circunstancia agravante, exige que se pruebe su concurrencia, esto es, que la víctima sea discriminada por su sexo, sin entrar en mayores deliberaciones. Lo revelador de las escasas sentencias emitidas por la jurisdicción penal sobre la agravante por razón de sexo es que solo se ha alegado en dos casos de muerte en que el agresor tiene o ha mantenido una relación de pareja con la víctima.

Esta diferencia entre la discriminación por razón de sexo y por razón de género también se apunta en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es la norma que ha incorporado este nuevo motivo de discriminación por género. En dicho preámbulo se indica que “la razón para ello es que el género, entendido de conformidad con 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, se refiere a «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», *puede constituir* un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”.

De todo lo indicado se deduce que el origen de la discriminación por razón de sexo y la de por razón de género es diferente. El sexo se corresponde con las características físicas y el género con el papel que se ocupa o juega en la sociedad. Así, el modelo machista tradicionalmente reserva los espacios públicos para el hombre (la política, la toma de decisiones, el trabajo extra-doméstico, etc.) y para las mujeres los espacios privados (las tareas domésticas, el cuidado de los niños). “A los varones les corresponder la producción y a las mujeres la reproducción.... De ahí que la discriminación se produzca no por el sexo, sino por esta ideología machista”³⁹. Sin embargo, pese a el origen de la discriminación por razón de sexo y por razón de género es diferente, como señala REY MARTINEZ, “desde el punto de vista jurídico, las nociones de “sexo” y de “género” son empleadas de modo intercambiable; esto es, en (su) mi opinión, correcto, siempre que se tenga en cuenta la acotación conceptual”⁴⁰.

Ambos conceptos, sexo y género son intercambiables e inseparables, pues la construcción cultural que atribuye los roles propios de hombres y de mujeres discrimina al sexo femenino y, entre otras causas, por las características físicas y las funciones naturales que tiene la mujer. En este sentido, piénsese en los múltiples casos de discriminación que afectan a mujeres embarazadas, que pierden su puesto de trabajo o que ni siquiera tienen la posibilidad de acceder a él.

Estos dos conceptos, en ocasiones, no es posible deslindarlos. Así, por ejemplo,

³⁹ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Igualdad y prohibición de discriminación... p. 147.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 14.

el propio Tribunal Constitucional cuando resuelve supuestos de discriminación por razón de sexo, entre sus argumentos normalmente hace referencia al rol que tradicionalmente ocupa la mujer en la sociedad. Pensemos en las decisiones que el Tribunal ha adoptado sobre las leyes de paridad electoral, como la Ley impugnada de listas paritarias del sistema electoral del Parlamento vasco y de las instituciones forales (STC 13/2009). En concreto, las listas de candidatos debían integrarse por, al menos, un 50 % de mujeres (en el conjunto de cada lista y en cada tramo de seis nombres). El Tribunal encuentra esta diferencia justificada empleando estos dos argumentos: en primer lugar, porque *con ella se pretende corregir una situación histórica de discriminación de las mujeres en la vida pública*; y en segundo lugar, se estima que la medida es adecuada porque no comporta un sacrificio innecesario de derechos fundamentales: ni la diferencia de porcentaje es excesiva, ni está en cuestión alguna un derecho de los hombres (STC 13/2009, previamente ya se pronunció en este sentido en la STC 12/2008)⁴¹.

En la actualidad, podría considerarse que la discusión en torno a la aplicación de la agravante de discriminación por razón de sexo en casos de violencia de género ha quedado zanjada tras la reforma de 2015, al existir un nuevo motivo específico de discriminación por razón de género. Sin embargo, a mi entender, continua siendo un debate actual porque, como se analizará posteriormente, la discriminación por razón de género tiene una aplicación limitada. Así es, la agravante de género se restringe a los supuestos en que la víctima mantiene o ha mantenido una relación sentimental con el agresor, en coherencia con el concepto erróneo de violencia de género recogido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴². De ahí que todavía sea necesario aclarar si, en los supuestos de violencia de género en el ámbito público, sería posible apreciar la agravante de discriminación por razón de sexo.

B. El ámbito de aplicación de la nueva agravante genérica de discriminación por razón de género

El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, al incorporar este nuevo motivo por razón de género lo justifica señalando que el mismo atiende a las exigencias establecidas en 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 2011⁴³.

⁴¹ Ampliamente sobre este y otros ejemplos similares en REY MARTINEZ, F. “Igualdad y prohibición de discriminación... pp. 147 y ss.

⁴² MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española” Revista de Derecho Penal y Criminología, N. 17, 2017, p. 110.

⁴³ Un estudio sobre este Convenio en VENTURA FRANCH, A. El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica. Revista de

En el Convenio citado se establece que la violencia contra la mujer “es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, designando 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” (art. 3). A su vez, en el mismo precepto, se aclara que por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. Finalmente, en el Convenio también se afirma que por “violencia contra las mujeres por razones de género” “se entenderá toda violencia contra una mujer por el hecho de serlo 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.).

Sin embargo, este no es el concepto que se ha trasladado a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya que sólo contempla la violencia de género en aquellos casos en que el hombre que ejerce la violencia mantiene o ha mantenido una relación sentimental con la mujer⁴⁴. Se trata de una ley incompleta, que sólo concibe la violencia de género como un problema reducido al ámbito privado⁴⁵, omitiendo la violencia de género ejercida en el ámbito público. 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.). Desgraciadamente, el pacto contra la

Derecho Político. Núm. 97. UNED., Septiembre 2016, pp. 179-208. La autora critica que en el articulado del Convenio se produce una confusión de los términos de violencia de género y violencia doméstica o familiar y de los sujetos activos y pasivos.

⁴⁴ Art. 1.1 establece el objeto de la Ley: 1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

⁴⁵ En este sentido, de que todavía se considera la violencia machista como un problema privado y haciendo referencia al modelo familiar de patriarcado de la sociedad española en GÓMEZ MARTÍN, V. “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista” RECPC 18-20 (2016), <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS Menores y violencia de género Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género InDret 2/2018, p. 9; VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n. 20, 2018, p. 10.

violencia de género ha perdido una ocasión propicia para incorporarlas, y ampliar definitivamente el concepto de violencia de género⁴⁶, acorde con todos los textos internacionales sobre la materia.

Este concepto erróneo de violencia de género, a mi juicio, ha conducido a que el legislador tenga que introducir dos agravaciones, sexo y género. Sin embargo, ambos conceptos están íntimamente relacionados. En este sentido, el sexo sería el “genero” y el género la “especie”, la discriminación por el sexo ya contiene la discriminación por razón de género. De ahí que, a mi entender, toda discriminación por razón de género es un supuesto de discriminación por el sexo de la víctima, pero no a la inversa, esto es, no toda discriminación por razón de sexo es también de género.

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"⁴⁷.

Por ello, como señala la jurisprudencia “la mayor sanción del hecho 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”⁴⁸.

La incorporación de este nuevo motivo de discriminación, como se ha indicado,

⁴⁶ El Pleno del Congreso aprueba el pacto contra la violencia de género el 28 de septiembre los votos afirmativos de 278 diputados y **65 abstenciones** de los representantes de Unidos Podemos y de algunos diputados del Grupo Mixto, alegando, entre otros motivos, que al pacto **le falta un enfoque feminista** y un enfoque integral que aborde todas las violencias machistas.

⁴⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª). Sentencia núm. 160/2018 de 9 marzo. JUR 2018\160753.

⁴⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª). Sentencia núm. 160/2018 de 9 marzo. JUR 2018\160753, que toma sus argumentos de lo establecido por el TS respecto de la agravante 22.4 CP. En concreto señala que “Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante subjetiva, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor que atenta contra la vida o integridad de la víctima como expresión de su idea de dominación sobre ella, tal como se desprende de lo señalado en la STS 314/2015, de 4 de mayo (RJ 2015, 3537), en la que se aplicó la agravante por motivos racistas, si bien sus razonamientos pueden servir de orientación para interpretar la nueva agravante de actuar por motivos de género, y, conforme a la citada sentencia, entiende el Tribunal Supremo.

para un sector de la doctrina⁴⁹ es meramente simbólico, al entender que ya existe esta protección especial por razón de género en el Código Penal. No en vano, el legislador había previamente creado agravantes específicas en aquellos delitos vinculados con la violencia de género (arts. 148.4, 153,1, 172.2 y 173.2 CP). Sin embargo, no todas las conductas que pueden cometerse en este contexto de una relación de pareja o expareja y, por tanto, en el ámbito privado, tienen esta agravación específica por razón de género. No se contempla, en las lesiones graves de los arts. 149 y 150 CP, ni en aquellas otras conductas en las que ya se ha aplicado esta nueva agravante por razón de género, como son los atentados a la vida (homicidios y asesinatos)⁵⁰ o los atentados a la libertad sexual (agresiones y abusos sexuales)⁵¹. En efecto, “en nuestro sistema penal, estos fundamentos de violencia sobre la mujer y de género, quedan reflejados en la tipificación de algunas conductas penales, introduciendo un tratamiento discriminado según el sujeto pasivo del delito sea una mujer y, en general, agravando alguno de este tipo de comportamientos, generalmente en los delitos de menor gravedad: maltratos, lesiones de menor entidad, amenazas, coacciones, conductas de acoso, violencia habitual... Estas agravaciones, vinculadas a situaciones de violencia sobre la mujer (aunque también en violencia doméstica...), inciden en comportamientos penales de menor gravedad, pero han dejado fuera de esta repercusión típica conductas más graves, como sucede en las lesiones más graves, en el homicidio o el asesinato; no existiendo un tratamiento específico para estos delitos más graves, en circunstancias en que pueda apreciarse una situación de violencia contra la mujer por razón de género”⁵².

Para apreciar el motivo discriminatorio se requiere de un estudio minucioso que permita deducir de los actos externos que el hecho se comete por ese motivo de género. Dicho de otra manera, la apreciación de esta agravante, como advierten los Tribunales “debe tratarse con prudencia, por cuanto que no todo delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación..., siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito. La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo. Por ello, consideramos que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad de aquel o, lo que es lo mismo, debe quedar acreditado que el autor no sólo quiso lesionar a su compañera sentimental, sino también que

⁴⁹ En este sentido AGUILAR CÁRCELES, M. M. *Circunstancias agravantes genéricas...* p. 63. En sentido similar Borja Jiménez, *La circunstancia agravante de discriminación...* p. 119.

⁵⁰ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª) Sentencia núm. 198/2017 de 2 mayo; ARP\2017\779; Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3ª) Sentencia núm. 517/2017 de 4 diciembre ARP\2018\35.

⁵¹ Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) Sentencia núm. 4/2018, de 6 febrero; ARP\2018\213; Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) Sentencia núm. 175/2017 de 29 mayo ARP\2017\806.

⁵² Audiencia Provincial de Tenerife, Sentencia núm. 64/2017, del 23 de febrero de 2017.

cometió el delito de lesiones por razones de género. O en otras palabras, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental. Lo anterior significa que deberán imputarse por las acusaciones y probarse una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera sin duda que el autor actuó, además, por ese motivo discriminatorio, puesto que el artículo 22.4^a claramente hace referencia a que debe existir ese motivo para la comisión del concreto delito de que se trate”⁵³. Efectivamente, la apreciación de esta agravante por razones de género requiere un fundamento de discriminación hacia la mujer, pero no de cualquier mujer, el Tribunal requiere la existencia actual o pasada de una relación de afectividad entre la víctima y el agresor, en coherencia con el concepto limitado de violencia de género que se defiende en nuestra Ley contra la violencia de género. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2018⁵⁴ exige en primer lugar, la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y, en segundo lugar, que el hecho sea cometido en el ámbito de las relaciones de pareja.

La existencia de esa relación de afectividad, presente o pasada, en la aplicación de la agravante por razón de género podría plantear la duda de si esta nueva circunstancia genérica es compatible con la agravante de parentesco del artículo 23 CP. Los Tribunales la están aplicando conjuntamente⁵⁵, excepto en una ocasión en la que se argumentó que “la relación de pareja es el presupuesto necesario de la agravante de discriminación por razón de género, y si ésta se aprecia, quedará absorbida en la de parentesco”⁵⁶. Sin embargo, ambas circunstancias son compatibles porque su fundamento es diferente. Con la nueva agravante se valora el trato discriminatorio hacia la pareja mediante la actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer, mientras que con el parentesco se tiene en cuenta el incumplimiento de las obligaciones que resultan de las relaciones parentales⁵⁷, vulnerándose la confianza mutua y los lazos que genera esa relación.

⁵³ AP A Coruña (Sección 1^a), sentencia núm. 198/2017 de 2 mayo. ARP 2017\779.

⁵⁴ STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018.

⁵⁵ AP Lleida (Sección 1^a), sentencia núm. 56/2017 de 7 febrero. JUR 2017\129486; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27^a), Sentencia núm. 160/2018 de 9 marzo. JUR 2018\160753; Audiencia Provincial de Granada (Sección 2^a), Sentencia núm. 4/2018 de 12 enero. JUR 2018\129078; Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3^a), Sentencia núm. 517/2017 de 4 diciembre. ARP 2018\35; Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1^a), Sentencia núm. 198/2017 de 2 mayo. ARP 2017\779.

⁵⁶ En sentido contrario existe un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Asturias, Sentencia núm. 2/2018 de 26 enero. JUR 2018\61415, fundamentando que “el Jurado, a pesar de declarar probado que entre Carla y Jerónimo hubo una relación sentimental seria, estable y con vocación de permanencia, no aprecia la concurrencia de la agravante de parentesco propuesta por las dos acusaciones, probablemente por considerar que, en este caso, esa relación sentimental, rota por Carla fue lo que frustró al acusado y le llevó a preparar y cometer el crimen, es el presupuesto necesario de la agravante de discriminación por razón de género, si apreciada y que por tanto absorbe a la de parentesco”.

⁵⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) Sentencia núm. 159/2007 de 21 febrero. RJ 2007\3182.

Efectivamente, en los delitos contra las personas, el carácter de agravante en el parentesco no se basa en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, pues sería inaplicable en los delitos violentos, sino que se fundamenta en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conducta, en atención, precisamente, a las obligaciones que surgen de las relaciones parentales.

En los casos de un vínculo conyugal o equiparable, tradicionalmente no se ha apreciado esta agravante cuando ese vínculo había desaparecido, pero desde que Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre incorporó a los que fueron parejas, ya carece de importancia la desaparición efectiva de la relación. Lo que si es preciso es que se trate de una relación estable. De hecho, dos son los elementos esenciales de la relación que, según la propia literalidad del artículo 23 CP, integran la asimilación al matrimonio, a saber, la "análoga relación de afectividad" y la "estabilidad"⁵⁸. La agravante de parentesco, en primer lugar, requiere, para su aplicación, la existencia de un vínculo matrimonial entre víctima y autor del ilícito o, al menos una relación de carácter estable por análoga relación de afectividad. Para determinar una relación como análoga al matrimonio hay que atender a la analogía, que expresamente está permitida por la norma positiva. No obstante, al ser utilizada en su vertiente agravatoria, debe ser entendida de una manera estricta, evitando interpretaciones extensivas "contra el reo", que pudieran suponer una vulneración del principio de legalidad"⁵⁹.

Aunque, en la actualidad, el vínculo análogo al matrimonio se ha extendido porque en nuestra sociedad las relaciones personales se articulan de una manera más informal, ello no permite, "en ningún caso, ampliar la aplicación de esta agravante cuando se produce una agresión a la confianza mutua y a los lazos que genera una relación parental o similar, añadida a la que ya le es propia al ilícito cometido, a cualquier situación de hecho, aun cuando hubieren existido relaciones sexuales, en la que dos personas se relacionen, independientemente del tiempo transcurrido desde su inicio o del contenido y características de su mutua comunicación"⁶⁰.

Por el contrario, la exigencia de estabilidad en la relación no se requiere en la agravante por razón de género⁶¹. El Tribunal Supremo así lo afirma, manifestando

⁵⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 159/2007 de 21 febrero. RJ\2007\3182.

⁵⁹ Sentencia N. 51/10, Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2010.

⁶⁰ Sentencia N. 51/10, Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2010.

⁶⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 159/2007 de 21 febrero. RJ\2007\3182. En el supuesto de hecho concreto señala el Tribunal que la agravante de parentesco ha sido aplicada correctamente en el caso de la ex compañera sentimental del acusado y desestima el motivo. "De todo ello (de los hechos probados) se desprende la concurrencia de los elementos exigidos en el Código para aplicar esta circunstancia, pues se aprecia una relación íntima basada en una afectividad análoga a la característica del matrimonio, que dio lugar a una convivencia durante unos meses y al nacimiento de un hijo común".

⁶¹ Las agravantes específicas por razón de género no exigen la estabilidad de la relación al incluirse expresamente la expresión "aun sin convivencia" en los arts. 148.4, 153,1, 172.2 y 173.2 CP: "cuando la ofendida sea o

que “respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Estos son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco pero si la agravación por razones de género”⁶².

IV. Conclusiones y propuesta de *lege lata*

Del estudio de esta nueva agravante genérica por razón de género se deduce que su apreciación requiere dos elementos. En primer lugar, la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y, en segundo lugar, que el hecho sea cometido en el ámbito de las relaciones de matrimonio o análogas de afectividad, ya sean presentes o pasadas. Esta última exigencia es interpretada en un sentido más amplio que la circunstancia mixta de parentesco, al no requerir que dicha relación de pareja sea o haya sido estable y, por tanto, se aprecia esta agravante “aun sin convivencia”.

A su vez, la agravante de género es compatible con la apreciación de la agravante de parentesco porque su fundamento es diferente. Con la nueva agravante se valora el trato discriminatorio hacia la pareja mediante esa actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer, mientras que con el parentesco se tiene en cuenta el incumplimiento de las obligaciones que resultan de las relaciones parentales, vulnerándose la confianza mutua y los lazos que genera esa relación.

En el art. 22. 4 CP también regula, como otro supuesto diferente, la discriminación por el sexo, por lo que es necesario delimitarla de la nueva discriminación por razón de género. El origen de ambas circunstancias es diferente. En cuanto al sexo, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Sin embargo, sexo y género son dos conceptos que se encuentran íntimamente relacionados, siendo el sexo el “género” y el género la “especie” y, por tanto, la discriminación por el sexo ya contiene la discriminación por razón de género. De ahí que, a mi entender, toda discriminación por razón de género es un supuesto de discriminación por el sexo de la víctima, pero no a la inversa, esto es, no toda discriminación por razón de sexo es también de género. La diferencia entre ambas circunstancias obedece al concepto de violencia de género aportado por la L.O. 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, que en su artículo uno determina el objeto de la misma, actuando “contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relacio-

hay sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*”.

⁶² STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018.

nes de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. De ahí que la agravante de por razón de género sólo se aprecie en los supuestos en que el agresor mantiene o ha mantenido una relación de afectividad con su víctima. Por tanto, como se ha señalado, la nueva circunstancia genérica es de aplicación en los casos de violencia de género ejercida en el ámbito privado. Por este motivo, con el fin de valorar el resto de los supuestos de discriminación cometidos contra la mujer por violencia de género en el ámbito público (acoso sexual, mutilaciones genitales, abortos no consentidos, matrimonios forzados, etc.) se propone de *lege lata* que sea de aplicación la agravante genérica por razón de sexo.

En definitiva, y a modo de conclusión, la agravante genérica por razón de género, a mi juicio, debe ser bien recibida porque permite valorar la realización de hechos machistas en el ámbito de la pareja en todos aquellos supuestos no previstos expresamente por el legislador mediante circunstancias específicas de género, como son los atentados a la vida, a la libertad sexual y a la integridad física y psíquica de mayor entidad.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.
- AGUILAR CÁRCELES, M. M.: “Circunstancias agravantes genéricas”, en Morillas Cueva (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015, pp. 58-63.
- ALONSO ALAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 95, 2008, pp. 19-52.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998.
- BOLEA BARDÓN, C.: “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *RECPC*, n. 09-02, 2007, pp. 1-26.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: “La circunstancia agravante de discriminación:”, en González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, 2ª edición, Valencia, 2015, pp. 119 – 123.
- COMAS D’ARGEMIR, M.: “La ley integral contra la violencia de género: nuevas vías de solución”, en Boldova Pasamar, M.A. y Rueda Martín, M.A. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 35 y ss.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4 CP*, Madrid, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Volumen 57, 2004, pp. 143-176.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia, 2003.

- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *RECPC 2016*, n. 18-20, pp. 1-25.
- GOYENA HUERTA, J.: “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Art. 22”, en Gómez Tomillo, (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, pp. 210 y ss.
- HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP), una propuesta restrictiva de interpretación”. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 108, 2012, pp. 31-66.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la “normativa antidiscriminatoria” del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Granada, 2001.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”. *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 1999, pp. 16-23.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “España. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Balance de los diez años de vigencia de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en Marín de Espinosa Ceballos (Dir.), *Régimen Jurídico de la Violencia de Género en Iberoamérica y España. Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Cizur Menor, 2015, pp. 159-175.
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 17, 2017, pp. 93-126
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS. E. B.: “Menores y violencia de género Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género”. *InDret 2/2018*, pp. 1-25.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2016
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN: *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Circunstancias agravantes”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Cizur Menor, 2011, pp. 290-309.
- REBOLLO VARGAS, R.: “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (art. 22.4 del Código Penal)”. *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, 2015, pp. 1- 28.
- REY MARTINEZ, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”. *Revista de Derecho Política*. n. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 125-171.
- VENTURA FRANCH, A.: “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”. *Revista de Derecho Político*, n. 97, septiembre 2016, pp. 179- 208.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?”. *RECPC*, n. 20-04, 2018, pp. 1- 38.