

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS
[GRADO EN DERECHO]

.....

**LA AGRAVANTE GENÉRICA INCORPORADA POR LA LO 1/2015, DE 30 DE
MARZO: COMETER EL DELITO POR RAZONES DE GÉNERO**

Priscila Gainzarain Jalón

DIRECTOR

María Soledad Barber Burusco

Pamplona / Iruñea

1 de junio de 2016

RESUMEN

En este trabajo se estudia la introducción, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, de la agravante genérica por “razones de género” en el art. 22.4 del CP. Para ello se analiza, en primer lugar, la institución en que se integra: las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, dentro de ésta, las circunstancias agravantes relacionadas con los móviles o motivos discriminatorios del sujeto activo. Se analizan las razones dadas por el legislador para incorporar esta agravante; y, a fin de determinar si la introducción de la misma es necesaria y puede brindar alguna utilidad, se estudia la protección penal que se brinda a la mujer hasta el momento. Se concluye el trabajo con el análisis de los supuestos de aplicación de la circunstancia agravante, concluyendo que, si se le presta la debida atención, no necesariamente es una circunstancia que está destinada a cumplir un papel simbólico, como se ha sostenido.

PALABRAS CLAVE: Circunstancias modificativas. Agravantes. Motivos discriminatorios. Género. Sexo.

ABSTRACT

In this Project it is studied the insertion of domestic aggragation for gender reasons, that are mentioned in art.22.4 of the Criminal Code, thought the Organic Law 1/2015 of 30th of March. For this purpose it is analized, at first, the institution in which it is integrated: the modifying circumstances of criminal responsability, and within this, the aggravating circumstances related with the reasos or discriminatory grounds of the active subject. It analyzes the reasons given by the legislator for incorporating this aggravation; and to determine if the introduction thereof is necessary and can provide some utility. We also study criminal protection that is provided to women up to now. The Project ends with an analysis of the cases of application of the aggravating circumstances, concluding that, if we pay the attentions required, it is not necessarily a circumstance that is destined to meet a simbolic role like it has been said to.

KEYWORDS: Modifying circumstances. Aggravating circumstances. Discriminatory Grounds. Sex. Genere.

LABURPENA

Lan honetan, martxoaren 30eko 1/2015 LO-aren bitartez, Zigor-Kodeko 22.4 artikuluko genero -arrazoiengatiko larrigarri generikoa ikertuko da. Horrela, bertakotzen den erakundea aztertuko da: lehenik, erantzukizun kriminalaren eta, honen barruan, zergatiekin erlazionatutako zirkunstantzia larrigarrien egoera aldatzaileak edo subjektu aktiboaren arrazoi diskriminatzaileak. Larrigarri hau gehitzeko legegileak emandako arrazoiak kuontuan hartuko dira; eta, era berean, kontzeptua sartzea beharrezkoa den zehazteko eta erabilgarria izan daitekeen ziurtatzeko, emakumeari gaur egun arte eskaintzen zaion babes penala ikusiko da. Lanak amaitzen du zirkunstantzia larrigarrien aplikazio suposizioen analisiarekin; horiek horrela, ondorizatu da beharrezkoa den arreta jartzen bazaio, ez da zirkunstantzia hura paper sinboliko gisa tratatuko nahitaez, sostengatu den bezala.

HITZ GAKOAK

Egoera aldagarriak. Larrigarriak. Arrazoi diskriminatzaileak. Generoa. Sexua.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.....	6
1. Caracterización.....	6
2. Ubicación sistemática.....	7
3. Comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	9
III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	11
1. Circunstancias agravantes que se relacionan con los móviles o con los motivos..	15
1.1. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios art. 22.4 del CP.....	17
2. La nueva agravante genérica por razones de género.....	22
2.1. Primera protección de la mujer a través de la agravante por razón de sexo...	22
2.2. Tratamiento penal de la violencia de género en la Ley integral 1/2004.....	24
2.3. El Convenio de Estambul, del 11 de mayo de 2011.....	33
2.4. La nueva redacción de la agravante del art. 22.4 del CP.....	36
3. Aplicabilidad de la nueva agravante.....	40
3.1. Inherencia.....	40
3.2. Supuestos de inaplicación por inherencia.....	42
3.3. Supuestos concretos de aplicación de la agravante.....	43
3.4. ¿Aplicación a los delitos leves?.....	49
3.5. El delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP.....	50
IV. CONSIDERACIONES FINALES.....	50
V. BIBLIOGRAFÍA.....	53

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. Art./Arts.Artículo/s
2. CE.....Constitución Española
3. CP.....Código Penal
4. FJ.....Fundamento Jurídico
5. LO.....Ley Orgánica
6. nº.....Número
7. SAPSentencia de la Audiencia Provincial
8. STS.....Sentencia del Tribunal Supremo
9. STC.....Sentencia del Tribunal Constitucional
10. TS.....Tribunal Supremo
11. TC.....Tribunal Constitucional

LA AGRAVANTE GENÉRICA INCORPORADA POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO: COMETER EL DELITO POR RAZONES DE GÉNERO

I. INTRODUCCIÓN

El tema que desarrollo en este trabajo de fin de grado sobre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal “por razones de género”, fue mi primera elección no sólo por interés personal sino también porque me parece que es una realidad latente y, desgraciadamente habitual, en nuestra sociedad, la discriminación por razones de género.

Esta circunstancia agravante ha sido incorporada en nuestra legislación penal mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, y, debido a ello, el material bibliográfico que analiza este tema es aún muy escaso, y todavía no existen resoluciones judiciales en las que se aplique esta circunstancia; o, si las hay, no han sido publicadas.

El estudio de esta agravante lo he abordado de la siguiente manera: en primer lugar, he realizado una caracterización de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en general y cómo las mismas afectan a la responsabilidad penal de los intervinientes y en qué casos son comunicables. Posteriormente, trato de precisar con qué categoría del delito deben relacionarse las agravantes, para centrarme finalmente en aquellas circunstancias agravantes que se relacionan con los móviles o motivos y realizo en este punto una precisión conceptual sobre qué se entiende por dichos conceptos.

En el marco de las circunstancias que se relacionan con móviles o motivos se incluye la circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios del art. 22.4 del CP, dentro de la cual se han incorporado las “razones de género”. Esta es la forma en la que trato de acercar al lector el estudio de dicha agravante, para posteriormente realizar un análisis más concreto de la misma a través del estudio de cómo ha evolucionado la legislación penal en materia de protección de la mujer y del género, mediante la LO 1/2004, del Convenio de Estambul y de la LO 1/2015.

A continuación, examino la aplicabilidad de la agravante. En primer lugar, determinando a qué delitos no se puede aplicar porque se dan supuestos de inherencia; y, en segundo lugar, analizando los supuestos en los que, desde mi punto de vista, podría tener una aplicación efectiva.

Concluyo el trabajo con unas consideraciones finales en las que señalo algunos problemas de la nueva legislación, pero también considero que, adecuadamente interpretada, esta circunstancia agravante puede cumplir un papel relevante y no ser una disposición meramente simbólica.

II. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1. Caracterización.

Las Circunstancias modificativas de la responsabilidad son aquellos elementos accidentales que pueden o no aparecer unidos al delito. Es decir, se habla de elementos accidentales debido a que los mismos no fundamentan el delito, por lo que la existencia de éste no depende de la concurrencia de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

En definitiva, atendiendo a la definición que efectúa MIR PUIG¹, “las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino su gravedad”.

Cabe destacar que el hecho de que sean elementos accidentales, no significa que no puedan estar relacionadas con elementos esenciales del mismo, ya que pueden afectar a la imputabilidad, como es el caso de la atenuante de grave adicción recogida en el art. 21.2 del CP o de la atenuante de obrar por arrebató, obcecación o estado pasional del art. 21.3 del CP; al injusto, como puede ser el caso de la alevosía, art. 22.1 del CP; o, incluso, modificar la responsabilidad criminal sin afectar ni a la culpabilidad ni al injusto como es el caso de las atenuantes de reparación del daño o de confesión (arts. 21.5 y 21.4 del CP respectivamente). Por todo ello, cabe concluir que no varía la calificación del delito sino su gravedad.

En el CP, las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal aparecen recogidas en los arts. 21, 22 y 23.

¹ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed, 2015, pág. 630.

El primero de los artículos detalla las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, el segundo de ellos, por el contrario, recoge aquellas circunstancias que la agravan, y, por último, el art. 23 se ocupa de una circunstancia mixta, puesto que la misma en función del delito, del modo en el que se produzca, de la naturaleza del mismo y de los efectos que produzca, podrá en unas ocasiones agravar y en otras atenuar la responsabilidad penal.

Como bien se deduce del nombre, “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, la función de las mismas es modificar la responsabilidad criminal, más concretamente, lo que hacen es coadyuvar a la individualización de la pena. El legislador establece un marco penal, dentro del cual, el juez deberá “moverse” para determinar la pena a aplicar, y para ello a continuación del grado de ejecución y de participación, y de la atención a las posibles eximentes incompletas, deberá valorar la existencia, en su caso, de atenuantes y agravantes conforme a las reglas que establece el art. 66 del CP.

Cabe destacar, en cuanto a las normas recogidas en dicho artículo, que generalmente a la hora de aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes, se hará dentro del marco penal. Sin embargo, en ocasiones, puede aplicarse la pena superior en grado o por el contrario inferior en grado, llegando en ocasiones a bajar dos grados.

2. Ubicación sistemática

Uno de los debates doctrinales que se ha producido en torno a este instituto jurídico, es si estas circunstancias deben estudiarse como pertenecientes a la teoría del delito o como integrantes de la teoría de la pena.

MIR PUIG² considera que el hecho de estudiar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el seno de la teoría de la pena es más propio de Alemania, mientras que España lo hace en la teoría de del delito. Sin embargo, aunque en minoría, sigue habiendo autores españoles que defienden que forman parte de la teoría de la pena.

² MIR PUIG, PG., 19ª ed., 2015, pág.631.

Muestra de ello es, por ejemplo, la posición que sustentan CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA³, que entienden que a pesar de que se estudien en la teoría del delito, debido a que están relacionadas con los tipos delictivos, pertenecen en su totalidad a la teoría de la pena.

En la opinión contraria se encuentran MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁴, que dicen que las circunstancias modificativas están relacionadas con la teoría del delito por que como bien expresan “es posible apreciar en ellas elementos que, sin afectar a la existencia del delito, hacen que la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor aumente o disminuya.” Sustentan esta posición en tres argumentos principales.

En primer lugar, señalan que “si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco. Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal.”

La segunda razón que estos autores dan para justificar la relación de las circunstancias modificativas con la teoría del delito es que las circunstancias que alteran la forma de llevar a cabo la conducta han de ser englobadas por el dolo para que las mismas se puedan aplicar. Finalmente, añaden que la mayoría de las circunstancias gradúan o modulan algunos elementos del delito.

Tras analizar autores que se posicionan de forma contraria, me gustaría decir que, bajo mi punto de vista, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se acercan más a la teoría del delito que a la de la pena, coincidiendo mi opinión, en parte, con la que Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán proporcionan.

Sin embargo, digo en parte, puesto que no creo que todas sean clasificables en la teoría del delito exclusivamente por lo que coincido más con la opinión de MIR PUIG⁵ que considera que, a pesar de que la “determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena,

³ CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, PG., 2ª ed., 2014, pág.197.

⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág. 510.

⁵ MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pág. 631.

no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito”. Añade posteriormente que “es comprensible que las circunstancias que aumentan o disminuyen la cantidad del injusto penal o la posibilidad de imputación personal del hecho agraven o atenúen la pena.”

En definitiva, lo que MIR PUIG viene a decir es que no se pueden clasificar en la teoría del delito o en la de la pena estrictamente, sino que están relacionadas con ambas ya que mientras que “las circunstancias modificativas suelen afectar generalmente al delito en la graduación de la gravedad (teoría del delito), los efectos que la ley atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena.”

Por otra parte, hay algunas circunstancias modificativas que no se pueden conectar ni con el injusto ni con la culpabilidad del hecho, sino que obedecen a criterios político criminales relacionados con la conducta post-delictual. Ejemplo de ello sería la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 22.5 del CP, la cual se da con posterioridad a la comisión del hecho, es decir, una vez se ha tenido lugar tanto el injusto como la culpabilidad, no pudiendo encajarlo por tanto en ninguno de los elementos citados.

3. Comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Antes de comenzar a analizar las agravantes en concreto, es necesario hablar en este punto de la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es decir, determinar si las mismas son transmisibles o mejor dicho aplicables a los partícipes en el delito.

El art. 65.1 y 2 del CP regulan esta cuestión de la siguiente manera:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Afirma SALINERO ALONSO⁶ que este precepto no clasifica las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal entre objetivas y subjetivas tal y como ha sostenido parte de la doctrina a lo largo de los años, como por ejemplo MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO⁷, las cuales opinan que la naturaleza de las agravantes es objetiva o subjetiva atendiendo a las reglas para su comunicabilidad; sino que dicho artículo distingue en circunstancias personales (en el primer apartado del artículo) y relativas a la ejecución del hecho (en el segundo de los apartados). Es importante dejar claro que no se hace una equiparación entre subjetivas y personales y objetivas con la ejecución material del hecho, a pesar de que la doctrina haya identificado objetivas con una modulación del injusto y subjetivas con una modulación de la culpabilidad. Esto se debe a que las circunstancias no son estrictamente subjetivas o estrictamente objetivas, sino que más bien contienen aspectos de ambas.

Al desprenderse del texto legal que las circunstancias personales solo serán aplicables al sujeto en el que concurran y que las circunstancias que afectan a la ejecución material del hecho son aplicables al partícipe cuando tenga un efectivo conocimiento de su concurrencia, no existe debate doctrinal acerca de ello. El debate se centra más bien en determinar qué circunstancias son personales y cuáles son las relacionadas con la ejecución material del hecho. Por tanto y al tratarse de una tarea tan complicada, no cabe realizar clasificaciones por grupos sino analizarlas una a una para determinar si son personales, y por tanto no comunicables o si por el contrario pueden ser comunicables a los partícipes en la medida en que tienen conocimiento real de la concurrencia de la misma. Para realizar tal tarea SALINERO ALONSO⁸ considera que se ha de buscar el sentido teleológico de la circunstancia, analizando su esencia y su consistencia. Además, elabora tres criterios para considerar que una circunstancia modificativa es personal y por tanto intransmisible:

⁶ SALINERO ALONSO, *Circunstancias modificativas*, 2000, pág.95.

⁷ MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, PG., 3ª ed., 2011, pág.214.

⁸ SALINERO ALONSO, *Circunstancias modificativas*, 2000, págs.99 a 109.

El primero, que caracteriza como la disposición moral del delincuente, hace referencia a aquellas circunstancias relacionadas con criterios morales, subjetivos o anímicos dentro de las cuales pueden incluirse las circunstancias de precio, recompensa o promesa del art. 22.3 del CP o la de móviles racistas o discriminatorios del 22.4 del CP. En segundo lugar, agrupa en personales aquellas circunstancias que tengan que ver con la relación personal que tenga el agresor con su víctima. Muestra de ello son las circunstancias agravantes de abuso de confianza del art. 22.6 del CP y la circunstancia mixta de parentesco, recogida en el art. 23 del CP. Finalmente engloba dentro de las personales e intransmisibles a las que consistan en otra causa personal, dejando abierta la lista, y por tanto no realizando una lista “*numerus clausus*” como podría ser el caso de la circunstancia de carácter público del culpable del art. 22.7 del CP, la de reincidencia del art. 22.8 del CP, la de grave adicción del art. 21.2 CP o la de actuar por arrebató o estado pasional del 21.3 del CP.

En cuanto a las circunstancias que afectan a la ejecución material del hecho y que por tanto son transmisibles a los partícipes cuando éstos conozcan su concurrencia, engloba a aquellas que se refieren a la ejecución del hecho, a la modalidad ejecutiva o, dicho de otro modo, a la forma en que realiza el hecho delictivo. Algunos ejemplos de este tipo de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad son el cometer el delito con alevosía del art. 22.1 del CP, cometer el delito con uso de disfraz, abuso de superioridad, aprovechamiento del lugar, tiempo y auxilio de otras personas del art. 22.2 del CP u obrar con ensañamiento recogida en el art. 22.5 del CP.

III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las agravantes son aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que, de concurrir en el delito, puesto que como ya se ha dicho son elementos accidentales, agravarán la pena.

No existe unanimidad doctrinal para determinar el modo de clasificar las mismas, ya que mientras hay autores como MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO⁹, o MARÍN DE

⁹ MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, PG., 3ª ed., 2011, pág.214.

ESPINOSA CEBALLOS¹⁰, que clasifican las agravantes en función de si afectan a lo injusto (es decir que suponga un mayor desvalor de lo injusto) o a la culpabilidad (que suponga un mayor reproche a su autor), encontramos autores como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN¹¹, que mantienen el criterio de subjetivas y objetivas en función de que se trate de un mayor reproche al autor o en función de si se trata de un incremento de la gravedad objetiva del hecho, respectivamente. Por tanto, puede realizarse una semejanza entre esta última clasificación y la que realizan los tan variados autores citados anteriormente.

Me gustaría añadir que mientras que la mayoría de la doctrina centra su atención en clasificar las agravantes en base al elemento del delito al que afecta, hay autores como LACRUZ LÓPEZ¹², que además de realizar una clasificación atendiendo a si afectan a lo injusto o a la culpabilidad elaboran una categorización que atiende al ámbito de aplicación de las agravantes.

Por ello, distinguen entre genéricas, específicas y mixtas siendo las primeras aquellas que están recogidas en la parte general del CP concretamente en los arts. 22 y 23 del mismo, aplicables en principio, y con matizaciones, a todos los delitos; las segundas aquellas recogidas en la parte especial del CP y que afectan a delitos concretos, y finalmente aquellas que tienen un carácter mixto por estar recogidas en la parte general y por contenerlas también algún delito concreto en la parte especial, este es el caso de la alevosía la cual está recogida en ambas partes del CP. No obstante, y a pesar de que cada uno de los autores realiza su clasificación de forma argumentada y fundamentada, la diferencia obedece a los diferentes conceptos de culpabilidad que sustentan estos autores.

Al igual que MIR PUIG¹³, considero que no se puede atribuir a una persona más responsabilidad penal que la que deriva del injusto, puesto que solo determinando la concurrencia del injusto puede darse el siguiente paso en la teoría del delito que sería determinar la culpabilidad, atendiendo, en su caso, al hecho de que el sujeto sea imputable, a si el mismo tiene conciencia de antijuridicidad y finalmente a si se le puede exigir una conducta diferente.

¹⁰ Marín de Espinosa Ceballos, Las circunstancias del delito, en: ZUGALDÍA ESPINAR (DIR), .PG, 4ª ed., 2010, pág.435.

¹¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág. 521.

¹² Lacruz López, El delito como conducta antijurídica, y III: la graduación de lo injusto, en: GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M. Y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., PG., 2ª ed., 2015, págs. 505 y s.

¹³ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, pág.649.

MIR PUIG¹⁴ al abordar esta categoría del delito, sustituye el término “culpabilidad” por el de “imputación personal” debido a que, entre otras razones, entiende que “la expresión imputación personal tiene la ventaja de que deja más claro que en la segunda parte del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho plenamente antijurídico a su autor: no se castiga una culpabilidad del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor.”

Pero, a pesar de hablar de “imputación personal”, MIR PUIG, se mantiene en la posición de aquellos que creen en la concepción puramente normativa más cercana al finalismo y no en la concepción normativa de la culpabilidad que lo que viene a hacer es reinterpretar el concepto psicológico de culpabilidad en el cual, la culpabilidad se concibe como “una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado de una doble vinculación causal: la relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica, que consiste la culpabilidad.”

La reinterpretación de este concepto se produjo debido al fracaso del mismo por dos aspectos: en primer lugar, debido a que la imprudencia no podía explicarse cómo relación psicológica ya que en la culpa inconsciente no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión. Y, en segundo lugar, porque en ciertas causas de exculpación continuará existiendo el dolo como es el caso de estados de necesidad que excluyen de culpa o supuestos de miedo insuperable.

Este concepto psicológico de culpabilidad fue reinterpretado por la concepción normativa de la culpabilidad, que la entiende como un juicio de reproche, es decir, como un juicio de valor. En esta concepción el dolo y la culpa dejan de integrar la culpabilidad para pasar a ser elementos de la misma ya que puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad. Con esta concepción, de lo que se trata es de reprochar al autor que ha cometido el delito ese hecho, por tanto, a más gravedad del hecho, más culpabilidad.

A diferencia de la concepción de culpabilidad anterior, MIR PUIG¹⁵, viene a decir con su posición que “la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.” Esto es, “todo el objeto del

¹⁴ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, pág.544.

¹⁵ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, págs.548 y s.

reproche se encuentra en el injusto, y en la culpabilidad quedan solo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor.”

En conclusión, según MIR PUIG¹⁶ “las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico” es decir, que “no existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico”.

En definitiva, y atendiendo a los aspectos anteriores, al igual que MIR PUIG, considero que todas las agravantes afectan a lo injusto, sin olvidar que algunas de ellas serán objetivas y otras subjetivas puesto que el injusto tiene tanto una parte objetiva, que abarca la conducta típica activa u omisiva, el tipo de resultado y la autoría y la participación, como otra subjetiva que engloba el dolo o la imprudencia, dolo que, en el caso de las agravantes ha de existir.

Por tanto, y atendiendo a lo argumentado en líneas anteriores, la clasificación doctrinal sobre las agravantes que más convincente me parece es la que realiza MIR PUIG¹⁷ ya que, además de distinguirlas entre objetivas y subjetivas en base a la parte del injusto al que afecten, desglosa dentro de cada uno de esos grupos otros criterios de clasificación.

En primer lugar, respecto de las agravantes objetivas distingue entre aquellas que denotan mayor peligrosidad del hecho, y aquellas que suponen un ataque más extenso. A su vez, dentro de las primeras, recoge aquellas que denotan mayor peligrosidad del hecho por la especial facilidad de comisión determinada por los medios como es la alevosía, o por los sujetos como es el abuso de superioridad, de confianza o de carácter público. También recoge dentro del primer grupo a aquellas que reflejan más peligrosidad del hecho porque es especialmente más fácil la impunidad del autor, en este caso habla de la agravante de disfraz, y finalmente engloba dentro de las que denotan mayor peligrosidad del hecho aquellas agravantes que faciliten la comisión y aquellas que faciliten la impunidad. Es decir, en este caso estamos hablando de las agravantes de lugar, tiempo o auxilio de otras personas. Respecto al segundo grupo, las agravantes objetivas que suponen un ataque más extenso, MIR PUIG únicamente recoge la agravante de ensañamiento.

¹⁶ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, pág.550.

¹⁷ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, pág.650 a 563.

En cuanto a las agravantes subjetivas, MIR PUIG distingue entre las que reflejan una motivación especialmente indeseable como son las agravantes de precio, recompensa o promesa y la de motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (dentro de las cuales se encontraría la que va a ser objeto de estudio detallado posteriormente, es decir, la agravante por razones de género).

Cabe destacar, atendiendo de nuevo a la posición de MIR PUIG¹⁸, que a pesar de la clasificación realizada entre objetivas y subjetivas, nada impide que cada una de las circunstancias “requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos”. Esto es, que cuando hablamos de una circunstancia objetiva, como por ejemplo la alevosía, se requiere también la concurrencia de elementos subjetivos como es el dolo de querer realizar dicha acción con alevosía.

Estos criterios los sigue también LACRUZ LÓPEZ¹⁹, quien, a pesar de realizar la clasificación de las agravantes, entre aquellas que afectan a lo injusto y aquellas que afectan a la culpabilidad, considera que en cada una de las agravantes han de concurrir requisitos tanto objetivos como subjetivos. Muestra de ello es por ejemplo en el caso de la concurrencia de la agravante de ensañamiento, en el análisis de la cual establecen que como requisito objetivo ha de producirse un aumento innecesario del sufrimiento de la víctima y como requisito subjetivo la concurrencia de que el sujeto actúe con dolo, es decir, con la conciencia y voluntad de aumentar el dolor de la víctima.

1. Circunstancias agravantes que se relacionan con los móviles o con los motivos.

Atendiendo al modo en el que los diferentes autores hablan de estas circunstancias indistintamente dirigidas a motivos o móviles, es importante realizar una comparación entre ambos conceptos ya que antes del CP de 1995, se hablaba de móviles y con la introducción del mismo se reemplazó el término por el de motivos. Por ello, observando

¹⁸ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed., 2015, pág.649.

¹⁹ Lacruz López, El delito como conducta antijurídica, y III: la graduación de lo injusto, en: GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M. Y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., PG., 2ª ed., 2015, págs.513 a 531.

las definiciones que otorga la RAE, hay que entender por motivo “causa o razón que mueve para algo”²⁰ y por móvil “aquello que mueve moral o materialmente algo”²¹.

Como se puede apreciar, en la primera de las definiciones se asemeja “motivo” a causa o razón, es decir, los establece como sinónimos. Además, de la misma se desprende que el motivo es lo que mueve para algo, es decir, para llevar a cabo una determinada acción, comportamiento, hecho etc.

Por el contrario, en la segunda de las definiciones se puede observar que “móvil” es aquello que o bien moralmente o bien materialmente mueve algo. Podría distinguirse entre ambos conceptos que mientras el primero “mueve para algo”, el segundo “mueve algo”.

Sin embargo, de ambas definiciones se extrae que cualquiera de los dos conceptos significa que es lo que provoca que una cosa o persona se mueva, es decir, se trata de impulsos exteriores, en el caso de que lo que mueva sea materialmente (como podría ser el caso de un motor en un coche), o de impulsos interiores (como puede ser el caso de actuar por motivos racistas) lo que hacen que una persona o cosa actúe.

Además, es importante destacar que, en cuanto a sinónimos, si bien la definición de motivo recoge como sinónimo causa o razón, como sinónimo de móvil se encuentra el término motivo, por tanto, cabe concluir que tanto móvil como motivo pueden entenderse como términos sinónimos.

Este paralelismo conceptual se ve plasmado en diferentes autores ya que mientras algunos como MIR PUIG²², realizan una clasificación dentro de las circunstancias subjetivas (referidas a la parte subjetiva de lo injusto), en la que distingue aquellas circunstancias que expresan un móvil particularmente indeseable dentro de las cuales recoge las circunstancias de precio, recompensa o promesa del art. 22.3 del CP y la de motivos racistas y otros discriminatorios del art. 22.4 del CP hay otros como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN²³, que hablan de la circunstancia recogida en el CP “cometer el delito por motivos racistas o discriminatorios” como aquella que recoge actuar por

²⁰ Conforme al DRAE, en su acepción nº2.

²¹ Conforme al DRAE, en su acepción nº3.

²² MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pág.654.

²³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág. 524.

móviles racistas o discriminatorios, empleando por tanto indistintamente uno u otro término.

Otros autores, como MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS²⁴ o CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA²⁵, opinan que esta circunstancia agravante contempla o exige un móvil, es decir, un elemento subjetivo como es el caso del odio hacia determinadas personas lo que provoca la comisión de determinados delitos. No obstante, debo dejar claro que no realizan una distinción conceptual, sino que de nuevo vuelven a hablar indistintamente tanto de motivos como de móviles.

En definitiva, cabe concluir que no existe una separación total entre ambos conceptos y que por tanto están íntimamente unidos. Además, me gustaría precisar que la mayoría de la doctrina, a pesar de realizar clasificaciones distintas sobre las agravantes y sobre los elementos del delito al que afectan, coinciden en que aquellos hechos que se cometen por motivos, son circunstancias que tienen un gran componente subjetivo debido a que trata de delitos que, como bien opinan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN²⁶ se cometen por aspectos que pertenecen al fuero interno del autor. Relacionado con ello se encuentra la opinión de SÁNCHEZ LÁZARO²⁷, el cual considera que “no se trata de una circunstancia que atienda a la conducta realizada, sino a su motivación, entendiendo este ánimo como razón para un mayor reproche.

*1.1.La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios art.
22.4 del CP*

La circunstancia concreta que recoge el actuar por motivos, es la detallada en el art. 22.4 del CP, que dice:

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

²⁴ Marín de Espinosa Ceballos, Las circunstancias del delito, en: ZUGALDÍA ESPINAR (DIR), PG, 4ª ed., 2010, pág.453.

²⁵ CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, PG, 2ª ed., 2014, págs.206 y s.

²⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág. 524.

²⁷ Sánchez Lázaro, “Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito”, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords), PG, 2013, pág. 309.

que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Como bien afirman MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO²⁸, “la proliferación de los llamados delitos de odio en sociedades de marcado componente multicultural, justifica la presencia de una agravante específica cuando el delito se comete por los motivos” recogidos en el artículo anteriormente citado.

Se trata de una agravante introducida en el CP a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, que posteriormente ha sido modificada por la LO 5/2010, de 22 de junio, (introduciendo la discriminación por identidad sexual) y por LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce la discriminación por razón de género, como se analizará detalladamente en líneas posteriores.

Esta evolución legislativa, “obedece al alarmante incremento de agresiones motivadas exclusivamente por razones de discriminación” tal y como opina MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS²⁹. Se trata por tanto de una circunstancia que se va adaptando a las necesidades concretas de la sociedad, ya que como puede observarse en las sucesivas modificaciones de esta circunstancia agravante, se han ido introduciendo nuevos motivos discriminatorios debido a que la comisión de delitos movidos por estas discriminaciones ha ido aumentando a lo largo de los años. Es por tanto una política penal vinculada a la opinión pública.

De hecho, HORTAL IBARRA³⁰ dice que el hecho que motivó la inclusión de esta circunstancia agravante en el CP a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, fue el “Caso Lucrecia Pérez”³¹ y su efecto en la sociedad, ya que fue considerado el primer crimen racista y xenófobo en España.

MIR PUIG³² resume muy bien la necesidad de crear estas agravantes cuando dice que “ello responde a la voluntad de evitar actuaciones genocidas o discriminatorias”.

²⁸ MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, PG., 3ª ed., 2011, pág.228.

²⁹ Marín de Espinosa Ceballos, Las circunstancias del delito, en: ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), PG, 4ª ed., 2010, pág.453.

³⁰ HORTAL IBARRA, CDPC, 2012, nº108, pág.38.

³¹ En el año 1992, en Madrid, cuatro encapuchados entraron en una discoteca y dispararon a los presentes, que eran todos dominicanos, provocando la muerte de Lucrecia.

³² MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pág.656.

Como ya he dicho anteriormente, considero que cabe incluir la agravante genérica en cuestión sobre los motivos discriminatorios, dentro de la parte subjetiva del injusto penal. Ello debido a que, siguiendo con la idea de MIR PUIG, esta circunstancia aumenta el injusto porque añade al injusto propio del delito, la negación del principio de igualdad.

Sin embargo, no debemos olvidar que hay autores como HORTAL IBARRA³³, cuya opinión es perfectamente válida y admisible, que afirman que, en este tipo de circunstancias, “sin negar la vertiente subjetiva de la agravación, exigen la concurrencia de un desvalor adicional del injusto identificado con la lesión del bien jurídico-penalmente protegido en los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias.”

Por tanto, partiendo de la división del injusto en una parte objetiva y otra subjetiva, HORTAL IBARRA ubica la lesión dentro de la primera parte, mientras que lo que motiva al sujeto a cometer el delito, la engloba dentro de la segunda.

A juicio de este autor, cuando se cometen delitos por motivos discriminatorios, se está lesionando además del bien jurídico protegido por el delito concreto, otro bien jurídico que permite dar justificación a ese plus de protección mediante la elevación de la pena impuesta. Este sería el caso, por ejemplo, del sentimiento de tranquilidad del colectivo discriminado al cometer el delito contra una persona en concreto con unas determinadas características comunes al resto del colectivo.

Es importante mencionar en este sentido la STS 2446/2015, del 16 de abril de 2015³⁴, que aprecia la agravante de discriminación por motivos ideológicos, porque los intervinientes actuaron con el único fin de vindicar su ideología -neonazi- por lo que fue exclusivamente esta la que motivó su actuación.

La sentencia hace referencia al motivo de la inclusión de esta agravante en el CP, el cual es, según la misma exposición de motivos de la ley que introdujo la agravante en el CP de 1995 “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi”.

La misma sentencia reconoce que la inclusión de esta agravante, ha sido objeto de críticas doctrinales porque se basa en algo que, pertenece al juicio interno del autor, y

³³ HORTAL IBARRA, CDPC, nº108, 2012 pág.46.

³⁴ STS 2446/2015, del 16 de abril de 2015, FJº décimo noveno.

que, “impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios.”

En definitiva, lo que viene a decir esta sentencia es que al tratarse de una agravación que afecta al fuero interno del autor, es decir, al ánimo de cometer el delito o a la voluntad del mismo, a lo que lo mueve o motiva a actuar, es muy difícil probar fehacientemente que el delito se ha cometido por los motivos recogidos en la agravación del art. 22.4 del CP, por lo que, a la hora de probar la concurrencia de la misma, deberá valorarse a través de indicios.

“Por ello -continúa la sentencia- para la aplicación de esta circunstancia, será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante”.

Con el anterior párrafo lo que viene a decir la sentencia es que se ha de motivar la apreciación de la concurrencia de esta circunstancia agravante ya que la misma será tomada en cuenta, generalmente, en base a indicios. Además, deja claro el hecho de que a pesar de que en la víctima de un delito concurren las características propias de las víctimas recogidas en el precepto penal, no siempre ha de ser aplicada la agravante puesto que como ya se ha analizado, es necesaria la concurrencia de la motivación, es decir, de haber cometido el delito motivado por las circunstancias recogidas en el art. 22.4 del CP.

Sin embargo, no ha existido un criterio unánime sobre la apreciación de la agravante cuando, a pesar de cometer el delito por ánimo discriminatorio, hubiese un error y se cometiese contra una persona en la que no concurren las circunstancias que el autor del hecho le ha atribuido. Ejemplo de este supuesto sería aquel en el que un neonazi golpea a un “negro” por motivos racistas, y finalmente se comprueba que no se trata de un “negro” sino de una persona blanca disfrazada de afroamericano.

Muestra de esta discrepancia, además de en las Audiencias Provinciales, se encuentra incluso en el mismo TS, que, por un lado, en 2002³⁵, confirmando la SAP Barcelona 13/03/2000 entiende que con el sólo ánimo discriminatorio es suficiente, aunque en la víctima no concurren las circunstancias propias de la misma, y, por otro lado, en 2006³⁶, confirmando la SAP de Pamplona, en su FJ nº6, el TS opina que “para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad.

Bajo mi punto de vista, a pesar de que ni siquiera en el TS exista unanimidad, entiendo que sí es necesario que en la víctima concurren las circunstancias propias de la misma, pues, atendiendo a la teoría del delito, a un sujeto se le castiga por aquello que efectivamente haya hecho y no por lo que podría haber llevado a cabo. Por tanto, en el ejemplo del neonazi que golpea a una persona disfrazada de afroamericano, entiendo que no se debería apreciar, que se le castigaría por unas lesiones, en el caso de que las haya, y que no se apreciaría la agravante “cometer el delito por motivos racistas”, pues, a pesar de existir dicho motivo y el ánimo discriminatorio, finalmente no se ha llevado a cabo esa discriminación. Además, considero que, si se aplicase la agravante a pesar de no concurrir las características propias de la víctima, estaríamos ante un derecho penal de autor, en el que se castiga por lo que el autor es y no ante un derecho penal del hecho, en el que se castiga por lo que el autor realmente ha cometido.

Puedo concluir entonces que para que se dé esta agravante tienen que concurrir los siguientes requisitos: el ánimo o voluntad de cometer el delito discriminando por

³⁵ STS 17/07/2002, que condena a 6 agresores que en una zona frecuentada por homosexuales agreden a uno de ellos.

³⁶ STS 1145/2006, de 23 de noviembre, que condena, a una madre por provocar para cometer un asesinato, y a su marido y a su hijo por un asesinato, contra un hombre, que tras el atentado del 11M se niega a colocar en su establecimiento un cartel con el lema “ETA NO” que la mujer había colocado, en la ciudad de Pamplona.

alguno de los motivos recogidos en la agravante y las características propias de la víctima en este tipo de delitos.

Cabe finalmente añadir, que a pesar de que en las sentencias no se haga mención al género, puesto que las mismas son anteriores a la inclusión de este motivo en el precepto que recoge la agravante, podría extenderse también al mismo debido a que, actualmente, este motivo se encuentra englobado dentro de las circunstancias discriminatorias que recoge la agravante.

2. La nueva agravante genérica por razones de género.

2.1 Primera protección de la mujer a través de la agravante por razón de sexo.

La primera introducción de esta protección fue en el primer CP de 1822. En él se recogía expresamente una agravante por discriminar al sexo femenino. Esta circunstancia fue heredada por el siguiente CP, aunque en este caso sin hacer mención expresa al término femenino, por lo que tal y como aprecia REBOLLO VARGAS³⁷, dio pie a interpretar que se refería al sexo femenino.

Esta interpretación la fundamenta en el hecho de que la jurisprudencia de aquellos años precisaba para apreciar este tipo de agravante, que el sujeto activo, es decir, el agresor, fuese masculino mientras que la víctima debía ser mujer. La jurisprudencia también exigía que, en la comisión del delito, el sujeto activo actuase con ánimo de despreciar a la mujer, añadiendo el hecho de que si era la mujer la que provocaba, se excluía la agravante.

No obstante, la inclusión de esta agravante en el CP fue cuestionada y finalmente derogada con la reforma del CP de 1983. Esta derogación se fundamentó en el hecho de que la CE incluía un mandato de igualdad entre hombres y mujeres, mandato que se veía vulnerado, según ellos, por la apreciación de la agravante por razón de sexo.

³⁷ REBOLLO VARGAS, RGDP, nº 23, 2015, pág.9.

Otro de los criterios para derogar dicha agravante fue el hecho de que la existencia de la misma se veía fundamentada en la diferencia de fuerza física entre el hombre y la mujer, situación que podía derivarse a la agravante de abuso de superioridad.

Posteriormente, y a pesar de la derogación de la agravante por razón de sexo, la misma fue de nuevo apreciada, junto con el resto de los motivos de discriminación, en el CP de 1995 a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo.

Respecto a esta agravación, como bien analiza REBOLLO VARGAS³⁸, “nada tiene que ver con la antigua agravante de desprecio de sexo derogada, sino que el principio sobre el que gravita el fundamento de la agravante es la ejecución de un acto en base a móviles que encuentran su fundamento preponderante en la discriminación, no en otro motivo”, como puede ser el caso de la diferencia de fuerza física y la necesidad de proteger al físicamente más débil, fundamento de la derogada agravante por razón de sexo.

Continuando con REBOLLO VARGAS³⁹, en la agravante por razón de sexo, el sujeto pasivo debía ser la mujer ya que “uno de sus fundamentos era la indefensión, la inferioridad o, incluso, el hecho de proteger a la mujer por el hecho de serlo”, ello a pesar de que la redacción del precepto penal no especifique que la protección por razón de sexo se dirija exclusivamente a la mujer. Esto es lo que opina un sector de la doctrina basándose en el hecho de que la protección que realiza el art. 14 CE, va dirigida a aquellos grupos que por sus características son especialmente vulnerables, por lo que, bajo mi punto de vista, no cabría en absoluto incluir en este grupo al colectivo masculino, puesto que como es evidente a lo largo del desarrollo social, cultural, religioso etc., no ha sido un colectivo especialmente vulnerable o atacado por sus características.

Por ello, y, atendiendo al mismo desarrollo social, cultural, religioso etc. las mujeres siempre han estado en una posición de inferioridad, de subordinación y de debilidad. En definitiva, las mujeres “ocupan una posición deficitaria, tradicionalmente discriminada con respecto a los hombres y que, además, en la inmensa mayoría de los supuestos discriminatorios es la mujer el objeto de esos comportamientos, aunque ello no excluye que los hombres puedan ser, asimismo, objeto de discriminación y, por lo tanto,

³⁸ REBOLLO VARGAS, RGDP, nº 23, 2015, págs.12 y s.

³⁹ REBOLLO VARGAS, RGDP, nº 23, 2015, pág.13.

sujetos de ese mandato constitucional de no discriminación” como bien dice REBOLLO VARGAS.

Se refiere al mandato constitucional ya que el art. 1.1 CE que recoge que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*, es un mecanismo de protección neutro por lo que protege la igualdad de toda persona que pudiera ver vulnerada la suya, incluida, por tanto, la de los hombres también.

No obstante, como puede verse a lo largo de las líneas anteriores, en ningún momento se habla de género, discriminación por razón de género etc. sino de sexo biológico, dando por protegido el mismo a través de la agravante genérica ya analizada. Sin embargo, como podrá verse posteriormente, es necesaria la protección por razón de género.

2.2. Tratamiento penal de la violencia de género en la Ley integral 1/2004

La desigualdad entre hombres y mujeres ha existido a lo largo de la historia en las sociedades patriarcales y como bien dice MUÑOZ CONDE⁴⁰, “hasta que no empezó a extenderse en el mundo el pensamiento feminista no empezó a ganar terreno la idea de que la violencia doméstica (aún no se usaba el término violencia de género) no era un asunto privado”.

Esta desigualdad puede verse reflejada incluso en el derecho penal como, por ejemplo, en el CP de 1962 en el que se castigaba con el destierro al marido que, tras sorprender a su esposa en adulterio, matase en el acto a alguno o a los dos. Excluyéndole de pena en el caso de que solo les produjese lesiones. Evidentemente nunca se ha encontrado un precepto similar en favor de la mujer.

No obstante, y a pesar de la inclusión de la agravante genérica por razón de sexo en el CP de 1995, en las normas del derecho, no se habla expresamente de violencia de género hasta la aprobación de la LO 1/2004⁴¹, ley que define la violencia de género como:

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, PE, 10ª ed., 2013, pág.193.

⁴¹ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

“el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”

El hecho de que la violencia de género sea un asunto público, en vez de privado como se venía creyendo a lo largo de los años, fue plasmado en la exposición de motivos de la comúnmente llamada Ley integral (LO 1/2004), lo que supuso un gran avance ya que ahora los poderes públicos deben velar por la protección de las víctimas inmersas en la definición de violencia de género. Ello a pesar de que, como dice COMAS D´ARGEMIR Y CENTRA⁴², fuese en 1993 cuando “Naciones Unidas declaró que la violencia contra las mujeres es un grave problema para los Estados porque atenta a los derechos humanos y obstaculiza el desarrollo de los pueblos.”

Es necesario destacar que la Ley integral fue la primera en hablar y definir el concepto de violencia de género, objeto de la misma, por lo que fue un gran avance en la protección de esta clase de violencias ya que, hasta el momento, se había identificado la violencia dirigida hacia las mujeres en el ámbito de las parejas y exparejas como violencia doméstica. Es por tanto a raíz de la aprobación de esta ley 1/2004 cuando puede hablarse de dos tipos de violencia diferentes entre sí.

Para LAURENZO COPELLO⁴³, la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja ha sido incluida dentro de la violencia doméstica debido a que existía la idea de que era necesario proteger a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por su situación de subordinación al agresor. Sin embargo, quien menos encaja dentro de esta posición es la mujer ya que “no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el ámbito doméstico.” Por tanto, su situación no es semejante a la de los niños, ancianos o personas incapaces que por sus características psíquicas y físicas se encuentran en una posición de subordinación inevitable.

Considera esta autora que los miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables; a la mujer en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del

⁴² COMAS D´ARGEMIR Y CENTRA, La aplicación de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género. Circunstancia. Año V – Nº 12, enero 2007.

⁴³ LAURENZO COPELLO, RECPyC, 2005, pág.4.

ejercicio de la violencia. Añade que “la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares, sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales”. Por todo ello, ha de distinguirse la violencia de género de la violencia doméstica, ya que, además, a pesar de que la mayor parte de casos de violencia de género se dan en el ámbito doméstico de la pareja, no es el único ámbito en el que se ejerce violencia sobre la mujer por el hecho de serlo.

En el CP los artículos que recogen delitos de violencia de género son los mismos que aquellos que recogen los ejercidos por las personas afectadas en la violencia doméstica, de forma que deja claro que, a pesar de la aprobación de la ley integral, continúa existiendo la percepción de que la violencia de género está íntimamente relacionada con la violencia ejercida en el ámbito doméstico.

Volviendo a la Ley 1/2004, la gran novedad que introdujo en el ordenamiento jurídico en el ámbito de la intervención punitiva consiste en la creación de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiere sido pareja del autor de la agresión. En este sentido, la mujer, víctima de la violencia de género tiene una protección penal reforzada, que se recoge en los arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del CP. Estos subtipos agravados, que proporcionan una mayor protección a la mujer víctima de violencia de género, han supuesto numerosas críticas por parte de algunos autores y de algunos jueces que afirmaban que vulneraba el art. 14 de la CE.

Es importante precisar, que conforme al art. 1 de la Ley integral, la protección va dirigida a las mujeres que sufran violencia por parte de quien sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. En definitiva, a pesar de la aprobación de la ley 1/2004, la misma solo protege a las mujeres en el ámbito de la pareja o expareja, es decir, en un ámbito afectivo.

Así, el art. 148.4º del CP, recoge una agravación para los casos en los que las lesiones recogidas en el tipo básico se produzcan sobre quien sea o haya sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Lo mismo sucede con el art. 153.1 del CP sobre el maltrato ocasional, el cual recoge más pena que el apartado 2º, por englobar dentro del primero como víctimas a las

mujeres que sean o hayan sido esposas, o mujeres que estén o hayan estado ligadas al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Otro ejemplo de ello es el delito de amenazas del art. 171.4 y el delito de coacciones leves del 172.2 del CP.

Como puede verse se trata de agravaciones de pena que exclusivamente se aplican sobre el hombre, por ello, como ya he dicho anteriormente, ha existido un gran debate doctrinal acerca de la posible vulneración del art. 14 de la CE.

Para negar tal vulneración, “los defensores de la ley integral – incluido el propio Gobierno – acudieron desde un principio a la idea de ‘acción positiva’, en cuya virtud se trata de justificar la adopción de medidas concretas de fomento y protección – incluso de naturaleza penal – destinadas a equilibrar la posición de desventaja inicial en la que se encuentran las mujeres como consecuencia de la discriminación que por razón de su sexo vienen padeciendo desde tiempos remotos.”⁴⁴

Esta postura, la ven justificada a través del art. 9.2 de la CE que recoge que *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

No obstante, es importante conocer con detalle el sentido y alcance del art. 14 de la CE para poder justificar la desventaja penal que la Ley integral podría suponer para los hombres.

Opina LAURENZO COPELLO que “la prohibición de discriminar no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino, por el contrario, una medida de tutela adicional que encuentra su razón de ser precisamente en la insuficiencia de aquel principio para garantizar a todos los ciudadanos el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas.”

Ello debido a que hay determinados grupos o colectivos de ciudadanos que por sus características o aspectos identificativos como puede ser un color de piel, una cultura,

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, RECPyC, 2005, pág.11.

etc. son objetivos más vulnerables para sufrir posibles ataques discriminatorios. Como consecuencia, esta posición de desventaja desde un primer momento, supone un desequilibrio social que por tanto afecta al principio de igualdad del art. 14 de la CE debido a que este artículo significa que ante situaciones semejantes no se pueden realizar tratos diferentes, cuyo efecto por tanto es que, ante situaciones objetivamente distintas, se pueden realizar tratamientos distintos.

Respecto del segundo mandato del art. 14 CE, el de prohibición de no discriminación, es precisamente para tratar de dar solución a esa desventaja con la que parten ciertos colectivos. Este mandato significa directamente que no se pueden realizar tratos discriminatorios fundados en esas características recogidas en dicho artículo.

Se trata por tanto de un precepto que como bien define LAURENZO COPELLO⁴⁵, “es una medida destinada a proteger precisamente a esas personas (se entiende aquellas que cumplen las características recogidas en el artículo) y no a quienes forman parte del sector dominante. Por eso, pese a las formulas neutras que en general se utilizan en el derecho antidiscriminatorio, ha de entenderse que todos los preceptos jurídicos dirigidos a prevenir la discriminación se dirigen a tutelar de modo exclusivo a los miembros de los colectivos discriminados y no a quienes conforman la identidad del grupo dominante.”

Por tanto, cabe concluir de todo ello que aquellos preceptos dirigidos a prevenir la discriminación, encuentran su fundamento y respaldo en el art. 9.2 de la CE, que como bien opina COMAS D`ARGEMIR Y CENDRA⁴⁶, es en este artículo donde encuentran encaje las medidas de acción positivas, como las que contiene la Ley integral, necesarias para remover los obstáculos que impiden lograr un completo desarrollo de los derechos humanos y plena igualdad entre hombres y mujeres. Se trata como dice esta autora de “un derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres.”

En definitiva, el mandato de no discriminación tiene dos vertientes: una negativa, que es “la prohibición tajante de no discriminar”, como por ejemplo el castigo que el CP prevé para ciertas actuaciones discriminatorias y otra positiva que es la potestad de los

⁴⁵ LAURENZO COPELLO, RECPyC, 2005, pág.12.

⁴⁶ COMAS D`ARGEMIR Y CENTRA, La aplicación de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género. Circunstancia. Año V – Nº 12, enero 2007.

poderes públicos, en base al art. 9.2 CE de remover “los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados”.

Por todo lo anterior, cabe concluir que la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género es constitucional, tal y como puede verse en las sentencias que a continuación se analizan.

En este sentido, la STC 59/2008⁴⁷, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación al art. 153.1 del CP en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la LO 1/2004, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 de la CE. En el FJ nº 4 de la sentencia se afirma: “La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además, podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad.” Pues bien, a esta cuestión el TC da respuesta desestimando el recurso de inconstitucionalidad, además de demostrando la aplicabilidad de dicho art. 153.1 CP, por las siguientes razones:

En el FJ nº 5º, analiza en primer lugar los dos mandatos que el art. 14 de la CE contiene y que son por un lado el principio de igualdad y por otro la prohibición de discriminación. Pues bien, el TC, dice que el primer inciso “obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”. Es decir, el TC precisa que ante situaciones que no son iguales se pueden establecer diferencias, siempre y cuando las diferenciaciones normativas cumplan los requisitos anteriores.

Por ello, y atendiendo al segundo de los mandatos del art.14 de la CE, el mismo TC “ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados

⁴⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008.

respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe”.

El TC concluye que el trato diferenciado del art. 153.1 del CP no se basa únicamente en el sexo de los sujetos activo y pasivo, sino más bien en la voluntad del legislador de “sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.”

En cuanto al tratamiento diferenciado, FJ nº 7º, que el legislador puede realizar ante supuestos de hecho iguales, ha de tener una justificación objetiva y razonable, además de no deparar unas “unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”.

Para analizar la razonabilidad del distinto tratamiento penal que realiza la norma, el TC analiza en primer lugar la legitimidad del fin de la norma de la cual dice, en el FJ nº8, que el legislador lo que ha querido hacer con la Ley integral ha sido “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes jurídicos básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.” En este argumento por tanto queda justificada la legitimidad del fin de la norma, uno de los presupuestos necesarios para demostrar la razonabilidad de la misma.

El segundo de los elementos que demuestra la razonabilidad es la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada, es decir, conforme al FJ nº 9 de la sentencia, es necesario que resulte adecuada la diferenciación típica, y para ello, el TC lo justifica diciendo que en el tipo se distingue entre sujetos activos y pasivos debido al mayor desvalor de la conducta cuando el sujeto activo es un hombre y el pasivo mujer con la que tenga o haya tenido relación de afectividad. Ese mayor desvalor lo demuestran las grandes

cifras que recogen como víctima a la mujer y como agresor al hombre que sea o haya sido su pareja. Es por esto que, como bien afirma el TC en su sentencia, “cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.”

El TC deja claro además que no se trata de una diferenciación por razón del sexo biológico tanto del agresor como de la víctima, sino que “se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.” Por ello en la Ley integral se hace referencia al género.

Finalmente, la misma sentencia en el FJ nº 10, analiza otro de los requisitos necesarios para poder justificar el diferente tratamiento normativo ante situaciones iguales. Este es el requisito de la proporcionalidad, es decir, que la diferencia de castigo entre un supuesto y otro no sea desproporcionada. Para demostrar la proporcionalidad de la Ley integral, el TC analiza la pena del art.153.1 en relación con la del 153.2 del CP, y concluye que la desproporción no existe ya que en lo único que varía la pena es en el mínimo de la misma, que cuando el sujeto activo es mujer será de tres meses, y cuando es un hombre será de seis meses, en ambos casos con un límite máximo de un año. Además, el TC continúa diciendo que “que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP.”

Por tanto, como bien concluye el TC, no se trata de una diferenciación desproporcionada puesto que, además de ser significativamente limitada esta diferencia, el castigo que se realiza tanto a uno como a otro se hace a través de un instrumento preventivo idóneo.

En esta línea jurisprudencial se encuentra la STS 856/2014⁴⁸, que se apoya en la jurisprudencia del TC antes mencionada (FJ nº 4) y que dice que, para poder apreciar la concurrencia del artículo 153.1 del CP, se exige “un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o dolo específico”. Es decir, en este sentido, existe una presunción *iuris tantum*, y que por tanto admite prueba en contrario, que recoge que, si “no consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes”, se entenderá que concurre el art. 153.1 del CP quedando justificado por tanto el diferente tratamiento penológico.

En definitiva, el TS afirma que, “lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Además, en relación a ello, el TS afirma que el contexto en el que se produzca la agresión o agresiones del hombre a su pareja mujer es un elemento muy importante, en ocasiones determinante, por tanto, “basta con 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, ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por nos parámetros

⁴⁸ STS 856/2014, de 26 de diciembre.

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.”

En definitiva, lo que el legislador quiere prevenir, como bien afirma el TS, es precisamente ese contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones.

La Ley integral 1/2004 centra la protección de las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, sin embargo, las mujeres sufren violencia de género en otros ámbitos diferentes de la pareja como puede ser el ámbito laboral, público, etc., es por ello que, a mi parecer si bien esta ley supuso un gran paso cuando se aprobó, la protección que otorga es limitada.

2.3. El Convenio de Estambul, del 11 de mayo de 2011.

El Convenio de Estambul adoptado el 11 de mayo de 2011 fue el resultado de la detección en los diferentes países de Europa, de un fenómeno común en todos ellos como es la violencia contra las mujeres en todas sus manifestaciones, bien sea en forma de maltrato de pareja, bien sea en forma de matrimonio forzoso, explotaciones sexuales etc.

A su vez, también se detectó la dispersión normativa en cuanto a la regulación de dicha materia en los diferentes Estados de Europa, lo que dejaba entrever que, ante actuaciones iguales en diferentes países, las víctimas eran más o menos protegidas. Por ello se detectó la necesidad de armonizar la normativa jurídica a través del convenio.

Es importante destacar que ningún otro tratado internacional en Europa había tenido carácter vinculante en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica, lo que significa un gran avance para la sociedad europea, además de que ningún otro instrumento comunitario de este nivel había reconocido expresamente que la violencia contra la mujer atentaba contra los derechos humanos.

Los objetivos que se recogen en dicho convenio y que por tanto los Estados parte del tratado deben garantizar o tratar de hacerlo, son los recogidos en el art. 1^o⁴⁹ del mismo y son los siguientes:

- “a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;
- c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.”

El Convenio recoge también el ámbito público que era lo que le faltaba a nuestra legislación, ya que en ésta última se hablaba de violencia de género únicamente en el ámbito de la pareja, es decir, en el ámbito privado, tal y como ha quedado reflejado en líneas anteriores. Sin embargo, con la adopción del convenio, y la modificación de la legislación española, quedan ahora bajo protección de los poderes públicos, conforme al art. 2 del Convenio, “todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”. Entendiendo por violencia doméstica, conforme al artículo 3 del mismo convenio, “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.”

Es decir, la violencia de género, que antes únicamente se castigaba en el ámbito de la pareja, abre el abanico de protección hacia víctimas que reciban este tipo de violencia por el hecho de ser mujeres, en cualquier ámbito de la vida.

⁴⁹ Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011.

En este sentido, es fundamental destacar que el Convenio de Estambul es el primer Tratado Internacional que incorpora una definición expresa de lo que se entiende por Violencia de género, sentando por tanto la dirección en la que deben ir las regulaciones sobre la materia en los diferentes Estados, y en este sentido recoge en el artículo 3.d, del Convenio, que “por violencia contra la mujer por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, entendiendo por el término género, en el apartado “c” del mismo artículo, “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

A lo largo del convenio se establecen una serie de previsiones económicas y medidas que los poderes públicos deberán adoptar para prevenir, tratar y en su caso castigar la violencia contra las mujeres. Trata también temas de educación, sensibilización, formación etc. a fin de concienciar a las personas de la importancia que este tema tiene.

Es importante mencionar también el art. 46 del convenio, el cual recoge una serie de agravantes que los Estados parte del mismo deberán adoptar, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito de acuerdo con las disposiciones del derecho interno. Estas circunstancias en su gran mayoría las recoge el Ordenamiento Jurídico penal español, y más concretamente la recogida en su apartado “a”, “que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad”. Podría decirse que esta agravante se asemeja con aquellos subtipos agravados que se recogen en algunos artículos del CP, ya analizados en líneas anteriores, por ser los delitos cometidos por personas que convivan con la víctima, que hayan sido pareja etc.

Tras ratificar España el Convenio⁵⁰ y por tanto obligarse por el mismo, es la LO 1/2015⁵¹ la que, en su preámbulo, expresa que “en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal”. Además, hace referencia expresa a que hay

⁵⁰ Firmado el 11 de mayo de 2011, ratificado el 6 de junio de 2014 y entrado en vigor el 1 de agosto de 2014.

⁵¹ Preámbulo de la LO 1/2015

que entender el género de la forma que lo define el Convenio de Estambul, es decir, que hay que entenderlo como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propio de mujeres o de hombres”.⁵²

2.4. La nueva redacción de la agravante del art. 22.4 del CP.

En este sentido, la modificación que aquí interesa es la agravante del nº 22.4 del CP, que recogía una serie de motivos discriminatorios a los que ha añadido el motivo “por razones de género” quedando redactado el mismo de la siguiente manera:

*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.*

Como se puede observar, en la redacción de la agravante convive la discriminación referente al sexo con la discriminación por razones de género, algo que puede llevar, y de hecho ha llevado, a confusión.

Atendiendo al Convenio de Estambul, el género “puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”, porque los roles de género no tienen necesariamente que coincidir con el sexo. En este sentido, podría pensarse en una persona que asume roles del género femenino pero cuyo sexo no coincide con ese rol. Este sería el caso, por ejemplo, de los transexuales, sin embargo, y sin profundizar demasiado en ello, si se atiende a la redacción del tipo, no solo se protege la discriminación por razón de sexo o género, sino que también se hace referencia a la discriminación por identidad sexual, por tanto, dicho ejemplo cabe incluirlo dentro de este último motivo. Es por todo ello, que según como se entienda pueda llevarnos a confusión y tal vez a una sobreabundancia de protección.

Hago referencia a esta exceso de protección, debido a que, bajo mi punto de vista, tal y como se ha analizado en líneas anteriores, la agravante por razón de sexo fue

⁵² Preámbulo de la LO 1/2015

introducida para proteger a la mujer víctima de violencia machista, por tanto, y al introducir la nueva agravante por razones de género, atendiendo al convenio de Estambul, entiendo que el legislador se ha olvidado de eliminar la agravante por razón de sexo, cuyo fundamento encuentra cabida dentro de la nueva por razones de género, por lo que la primera quedaría sin efecto.

Esta incorporación es tan reciente que existen escasos trabajos que la analicen. Hasta ahora las reflexiones de la doctrina no entran en detalle sobre a qué delitos se podrá aplicar la misma, sino que más bien se limitan a hacer referencia a su inclusión a través de la LO 1/2015 y por la incorporación al ordenamiento jurídico del Convenio de Estambul.

Muestra de ello es, por ejemplo, la última edición del manual de MIR PUIG⁵³, que menciona su inclusión a través de la LO 1/2015 y que puntualiza que “según la exposición de motivos de la Ley, la novedad obedece a que ‘el género entendido como 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”.

Otros autores que mencionan pero que tampoco analizan la agravante son MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁵⁴, los cuales opinan que entre la clasificación de circunstancias subjetivas que ellos realizan, se incluye la agravante del art. 22.4, la cual como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, recoge el hecho de cometer el delito por motivos racistas o discriminatorios. En definitiva, estos autores tampoco aportan análisis alguno respecto del tema en cuestión. Sin embargo, sí que añaden, que en estos casos “el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor”.

AGUILAR CÁRCELES⁵⁵ realiza un análisis sobre este aspecto en concreto, y se pregunta si la incorporación de esta agravante al CP es una incorporación novedosa o si por el contrario sirve únicamente para cumplir los compromisos internacionales como en el caso del Convenio de Estambul. Por ello plantea la duda de si dicha iniciativa “responde

⁵³ MIR PUIG, DP.PG, 10ª ed, 2015, pág.657.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág.524.

⁵⁵ Aguilar Cárceles, Circunstancias agravantes genéricas, en: MORILLAS CUEVA (DIR), Estudios sobre el CP reformado, 2015, págs.58 a 63.

más a un tipo de Derecho Penal simbólico, que verdaderamente a una necesidad real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma.”

También BORJA JIMÉNEZ, y en este caso sin dudar, otorga una función puramente simbólica a la agravante. Afirma que la violencia machista estaba protegida antes de añadir esta agravante “por razones de género” en el art. 22.4 del CP y en diferentes lugares del CP, como los redactados por la LO 1/2004. Además, dice que se encontraba la agravante por razón de sexo, identidad sexual e incluso la circunstancia mixta de parentesco, por lo que añade que “no se entiende muy bien, entonces, que, a todo este arsenal punitivo de específica protección de la mujer frente a las más graves conductas machistas, se añada ahora esta modalidad de incremento punitivo por razones de género”.⁵⁶

Sin embargo, posteriormente añade que hay que realizar una interpretación de la norma que otorgue lógica y sentido a su aplicación.

Pues bien, en relación a ello, opina que podría interpretarse desde el punto de vista de la distinción de las víctimas de la agravante por razón de sexo y la agravante por razones de género. Entre las primeras víctimas engloba la posibilidad de que pueda ser víctima un hombre por ser varón por parte de un grupo de feministas radicales. Por el contrario, la de razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, es decir, las que cometa un hombre contra una mujer para imponer su dominio y su trato hacia las mismas como inferiores.

Sin embargo, continúa diciendo que ello dificultaría la interpretación de la circunstancia mixta de parentesco, y concluye “que la agravante por razones de género no va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua.” Por tanto, como ya se ha dicho anteriormente, otorga una función simbólica a la misma.

Bajo mi punto de vista, creo que la inclusión de la agravante en el CP, permite ampliar el círculo de delitos a los que se puede aplicar, no siendo exclusivamente aquellos

⁵⁶ Borja Jiménez, La circunstancia agravante de discriminación: en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir), Comentarios a la Reforma del CP 2015, 2ª ed, 2015, págs.119 a 123.

que se producían en el ámbito de la pareja, tal y como se recogía en el CP y en la Ley integral, antes de la entrada en vigor de esta agravante.

Por ello considero que puede encontrar justificación la inclusión de esta agravante. Y respecto a la referencia que se realiza a la circunstancia mixta de parentesco, entiendo que la misma obedece a fundamentos político criminales distintos, pues si bien la circunstancia mixta puede funcionar como atenuante o como agravante dependiendo del delito del que se trate y englobando a diversos familiares, la agravante genérica por razones de género, únicamente obedece al fin de evitar las discriminaciones hacia la mujer que han existido y existen estructuralmente en las sociedades patriarcales. Por todo ello, más allá de que el legislador haya pretendido asignarle una función exclusivamente simbólica, podría ser empleada para agravar diferentes conductas delictivas.

Corresponde destacar ahora, aunque se ha hecho anteriormente, que, como bien dice AGUILAR CÁRCELES⁵⁷, en referencia a BORJA JIMÉNEZ “habría que distinguir dos componentes en relación a la agravante por razón de género, uno objetivo relativo a la existencia real de la característica tutelada por la Ley Penal, y otro subjetivo referente al elemento subjetivo presente en el autor”, y continúa diciendo que, “en cualquier caso, sería necesaria la concurrencia de ambos componentes para apreciar la agravante de género.”

Debo añadir que estoy totalmente de acuerdo con lo que ambos autores opinan. Ello debido a que, al tratarse de una agravante incluida dentro de aquellas por motivos discriminatorios, y tras haber analizado este tipo de circunstancias con anterioridad, se trata de una circunstancia que precisa de un ánimo determinado, un ánimo discriminatorio. Por tanto, además de concurrir objetivamente el delito, el mismo ha de ser cometido por ese ánimo concreto de discriminar a la mujer, para poder apreciar la circunstancia agravante “por razones de género”.

En definitiva, y atendiendo a la clasificación que MIR PUIG⁵⁸ realizaba sobre las circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad criminal, y sobre el hecho de que las mismas afectaban al tipo global de injusto, considero correcto al igual que los autores anteriores, reconocer el hecho de que para que pueda apreciarse la circunstancia

⁵⁷ Aguilar Cárceles, Circunstancias agravantes genéricas, en: MORILLAS CUEVA (DIR), Estudios sobre el CP reformado, 2015, pág.62.

⁵⁸ MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pág.649.

agravante por razones de género tengan que darse tanto el elemento objetivo como el subjetivo. Sin embargo, precisando, que estos elementos forman parte del tipo global de injusto.

Destacar también que, a pesar de tratarse de una circunstancia subjetiva, al igual que BORJA JIMÉNEZ⁵⁹, entiendo que deberán concurrir los dos elementos necesarios ya analizados: uno objetivo y otro subjetivo.

3. Aplicabilidad de la nueva agravante

Intentaré, sólo a modo de ejemplo, analizar un conjunto de delitos a fin de determinar si resulta posible aplicar a los mismos la agravante de discriminación por razones de género, pero antes de ello es necesario efectuar una breve referencia a los supuestos de inaplicación por inherencia.

3.1. Inherencia

El art. 67 del CP dispone lo siguiente:

Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias atenuantes y agravantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Tal como surge de su texto, este precepto recoge los supuestos en los que las circunstancias agravantes no pueden aumentar la pena correspondiente porque resultan inherentes a determinados delitos. Lo contrario supondría valorar dos veces un mismo hecho, con doble consecuencia sancionadora, circunstancia que impide el principio *non bis in ídem*. Dado que, a pesar de que dicho principio, el de *non bis in ídem*, no se

⁵⁹ Borja Jiménez, La circunstancia agravante de discriminación: en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir), Comentarios a la Reforma del CP 2015, 2ª ed., 2015, págs.119 a 123.

encuentra recogido expresamente en la CE, como bien manifiesta SALINERO ALONSO⁶⁰, “se halla implícito en su art. 25.1, de la mano de los principios de legalidad y tipicidad.”

La primera parte del art. 67 del CP recoge la denominada inherencia expresa, que se da cuando el delito de que se trate prevé circunstancias específicas, que como bien dice MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS⁶¹ “son aquellas que están previstas para un delito o grupo de delitos de la Parte Especial del CP y despliegan sus efectos solo en el ámbito del delito o delitos de los que dependen”, y éstas coinciden con las genéricas previstas en el Libro I del CP. Ejemplo de ello son las circunstancias de alevosía, ensañamiento o precio, recompensa o promesa recogidas en el delito de asesinato del art. 139 del CP, que impide aplicar la agravante genérica de alevosía, ensañamiento etc., puesto que se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem* ya que se estaría castigando dos veces por el mismo hecho.

La segunda parte del art. 67 del CP recoge los supuestos denominados de inherencia tácita, que se produce cuando un delito no podrá realizarse sin la concurrencia de la circunstancia a pesar de que no esté recogida expresamente, es decir, que, aunque la figura penal no la recoja literalmente, es tan inseparable de la descripción típica, que no es posible cometer el delito sin la concurrencia de dicha circunstancia. Muestra de ello son los delitos relativos a los funcionarios públicos, los cuales, al ser especiales, exigen la condición de funcionario público para la comisión del tipo delictivo, por tanto, en este caso no podría aplicarse la agravante genérica del artículo 22.7 del CP que recoge el prevalerse del carácter público del culpable.

Por otra parte, y vinculado también con la aplicación del principio *non bis in ídem*, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios para la aplicabilidad o inaplicabilidad de determinadas circunstancias, y se entiende que no son compatibles, es decir, que no se pueden aplicar a la vez, cuando una de ellas implique a la otra⁶². La decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias sólo puede adoptarse analizando el contenido de cada una de ellas y estableciendo si responden o no a realidades distintas. Señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, que puede hablarse de incompatibilidad, por ejemplo, entre la circunstancia de alevosía, consistente en utilizar

⁶⁰ SALINERO ALONSO, Tª General Circunstancias Modificativas, 2000, pág.123.

⁶¹ Marín de Espinosa Ceballos, Las circunstancias del delito, en: ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), FDP.PG, 4ª ed., 2010, pág.437.

⁶² MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pág. 630.

medios debilitadores de la defensa y el abuso de superioridad⁶³. Pero esta solución de la jurisprudencia no puede, como expresa MIR PUIG, fundarse en el art. 67 del CP, sino en el principio de consunción (art.8 del CP), que es uno de los que presiden la teoría del concurso de leyes, que también resulta aplicable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

3.2. Supuestos de inaplicación por inherencia.

Queda claro entonces, que esta nueva agravante no resultará de aplicación para aquellos delitos a los que la Ley 1/2004 dio nueva redacción, como el subtipo agravado de lesiones del art. 148.4 del CP, los malos tratos no habituales del art. 153.1, las amenazas del art. 171.5 del CP.

No podrá aplicarse a los delitos tipificados en los artículos anteriores, debido a que los mismos ya contienen en la redacción del tipo referencia expresa (inherencia expresa), al caso en el que sea un hombre el que agrede o cometa el delito contra mujer que sea o haya sido su pareja, de lo contrario, no se respetaría el principio *non bis in ídem*.

Así ocurre con los delitos tipificados en los arts.510 y 512 de la Sección 1ª, Capítulo IV del Título XXI del CP, bajo el título “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”. Ambos fueron modificados por la LO 1/2015.

El art. 510 del CP castiga a quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por distintos motivos. La LO 1/2015, ha incorporado las razones de género entre ellos. Como dice la ROIG TORRES⁶⁴ “esta ampliación en cuanto al catálogo de móviles que pueden impulsar al autor, viene a confirmar que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación (artículo 14 CE), como venía manteniendo la doctrina mayoritaria bajo la regulación anterior.”

⁶³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9ª ed., 2015, pág. 484.

⁶⁴ Roig Torres, Los delitos de racismo y discriminación: en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir), Comentarios a la Reforma del CP 2015, 2ª ed., 2015, pág.1264.

Sucede lo mismo con el art. 512 del CP, que recoge la conducta de denegar una prestación, por parte de una persona que está ejerciendo sus actividades profesionales o empresariales, a otra que tenga derecho a la misma, por motivos discriminatorios, entre los que se incorpora el motivo “por razones de género”. Por tanto, a este artículo tampoco se podría aplicar la agravante.

Por otra parte, cabe hacer referencia al art. 170 del CP que recoge las amenazas a un grupo de personas que además tuvieran la gravedad necesaria como para atemorizar, puesto que implícitamente, podría entenderse por grupo de personas al grupo de mujeres, si se diese el caso en el que las amenazas van dirigidas hacia el colectivo de las mujeres por el simple hecho de serlo. En este delito por tanto no cabría apreciar la agravante “por razones de género” puesto que el género podría entenderse protegido atendiendo a la expresión “grupo de personas”, produciéndose un caso de inherencia tácita. Por tanto, bajo mi criterio, entiendo que no se aplicaría la agravante porque de lo contrario existiría vulneración del principio *non bis in ídem*.

3.3. Supuestos a los que podría aplicarse la agravante

Al estar integrada dentro de la agravante por motivos discriminatorios, podría aplicarse a los mismos delitos que se aplica la agravante por motivos racistas o discriminatorios. No obstante, y tal y como dice HORTAL IBARRA⁶⁵, no existe unanimidad doctrinal acerca del tema ya que, mientras unos autores se decantan por una extensión moderada de la agravante en la que solo incluyen delitos que protegen bienes jurídicos personales, otros autores prefieren llevar su posición hasta las últimas consecuencias y considerar que resulta de aplicación a todos los delitos.

Por tanto, al no haber acuerdo sobre esta cuestión, y a pesar de que no puedo en este trabajo realizar un análisis exhaustivo del CP, me detendré en analizar los delitos a los que, en principio, la agravante puede resultar más directamente aplicable, y serán aquellos delitos que afectan a bienes jurídicos personales.

Es importante puntualizar que solo podrá ser apreciada en delitos dolosos, pues se trata de una circunstancia íntimamente relacionada con el ánimo del autor y por tanto con

⁶⁵ HORTAL IBARRA, CDPC, 2012, nº108, págs.55 a 59.

la voluntad del mismo, por lo que no parece compatible que pueda cometerse el delito motivado “por razones de género” de forma imprudente.

Hay que tener en cuenta también que, para poder apreciar la agravante, es necesario que concurren los elementos propios de la misma y analizados como son un elemento objetivo, es decir la concurrencia en la víctima de las características propias de la misma, y el elemento subjetivo que es el ánimo de cometer el hecho por motivos discriminatorios.

Además, considero necesario precisar que no cabe duda acerca de la aplicación de la agravante sobre delitos que afectan a bienes jurídicos personales, pues si bien la discriminación es una ofensa o ataque ofensivo hacia una persona o grupo de personas por concurrir en ellos determinadas características, es evidente que dicho ataque puede ir acompañado de ataques a bienes jurídicos como la vida, la dignidad, la integridad física o moral etc. Por tanto, los delitos que cabe analizar en primer lugar para ver la concurrencia o no de las agravantes son aquellos que afectan a bienes jurídicos personales.

Pues bien, el tipo básico del homicidio se encuentra recogido en el art. 138 del CP. Respecto del mismo, al tratarse de un delito que directamente afecta a la vida de las personas, si al cometer el mismo por razones de género concurren los elementos necesarios, ya analizados, podría aplicarse la agravante.

Lo mismo sucede en el caso del asesinato recogido en el art. 139 del CP, dado que las circunstancias exigidas para caracterizar la muerte de otro como asesinato, en nada se relacionan con las “razones de género”.

Asimismo, sería aplicable también la circunstancia agravante al delito de inducción al suicidio del art. 143 del CP si las conductas de dicho artículo se llevan a cabo motivadas por un ánimo discriminatorio por razones de género.

Respecto a los delitos de aborto enmarcados en los arts. 144 a 146 del CP, entiendo que cuando ha sido la mujer la que ha consentido el aborto, será difícil, pero no imposible, que quien lo realice lo haga motivado por razones discriminatorias relacionadas con el género. En relación a los delitos de aborto, más clara puede resultar la aplicación de la agravante en el supuesto del art. 144 del CP que recoge el delito de producir el aborto por

cualquier medio y sin consentimiento de la mujer. Este sería el caso, por ejemplo, en el que una mujer está siendo agredida (de la forma que sea) por parte de un hombre (conociendo el hombre que está embarazada y queriendo también producir el aborto) y por el simple hecho de ser mujer, es decir, con el ánimo discriminatorio hacia la misma; considero que podría aplicarse la agravante también al delito de aborto.

En cuanto al siguiente grupo de delitos, el de lesiones, recogidos en los arts. 147 a 156 del CP, salvo las imprudentes, cabe decir que si podría aplicarse. No obstante, en este sentido hay que puntualizar que, si el agresor es o ha sido pareja de la víctima, no podrá aplicarse la agravante pues este supuesto ya está previsto como un subtipo agravado en el art. 148.4º del CP, por tanto, la agravante podrá ser apreciada en el supuesto en el que esta agresión por razones de género se produzca fuera del ámbito de la pareja, como puede ser en un parque en el que una mujer es agredida por un hombre desconocido, por el hecho de ser mujer, o en el trabajo.

Lo mismo sucede en el resto de delitos de lesiones, si en el mismo concurre el ánimo concreto de discriminar a la mujer, y las características necesarias de la víctima.

En relación al art. 149.2 del CP que recoge la mutilación genital, por los conocimientos que tenemos, puede destacarse el gran número de víctimas niñas, y por tanto mujeres, que son objeto de mutilación genital por creencias culturales y religiosas que entienden que por el hecho de ser mujeres han de ser mutiladas. Todo ello, a pesar de que también existan culturas que practican la mutilación genital en varones.

Pues bien, en este tipo de delitos es evidente que el legislador podría haber incluido en el mismo tipo, un subtipo agravado que hiciese referencia a ello debido a la habitualidad con la que se realizan este tipo de prácticas y al gran número de niñas residentes en España que se encuentran en riesgo. De esa forma, continuaría con el mismo sistema de agravación de penas por razones de género que había seguido hasta la inclusión de la agravante “por razones de género”. No obstante, y ante la falta del mismo, indudablemente deberá aplicarse la agravante por razones de género a los supuestos de las niñas.

Otros delitos a los que hay que analizar si se puede aplicar la agravante “por razones de género”, son los delitos contra la libertad recogidos en los arts. 163 a 172 del CP. En primer lugar, respecto al delito de detención ilegal, arts. 163 a 168, mi respuesta

a si podría aplicarse la agravante en cuestión es afirmativa, ello si concurren, como ya se ha dicho los requisitos necesarios para la apreciación de la misma.

Por otro lado, en cuanto al delito de amenazas, arts. 169 y 171 del CP, cabe realizar el mismo análisis que en el caso anterior. Respecto al art. 171, el mismo solo se aplicará en los casos de violencia de género, pero fuera del ámbito de la pareja y la familia (casos de hijas, hermanas, abuelas...), puesto que dicho ámbito queda protegido por los apartados 5 y 7 del mismo artículo.

En cuanto a las coacciones, arts. 172 a 172 ter, la agravante podría aplicarse respecto al primero de los apartados del art. 172, si la coacción se cometiese por razones de género fuera del ámbito de la pareja, pues este ámbito al igual que ha ocurrido anteriormente, viene protegido en el segundo de los apartados, respecto a las coacciones leves.

Lo mismo sucede con el artículo 172 ter, el cual recoge la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de una persona. En este caso, bajo mi criterio la agravante podrá aplicarse cuando dichas conductas se lleven a cabo por razones de género fuera del ámbito de la pareja.

Sobre los delitos de las torturas y otros delitos contra la integridad moral de los arts. 173 a 177 del CP sí cabe apreciar la agravante “por razones de género”. Además, me gustaría precisar que, aunque el apartado 2 del art. 173 haga referencia a cónyuges etc. no distingue entre hombres o mujeres por lo que también es posible su apreciación si el delito se comete “por razones de género” y concurriendo los requisitos necesarios para la apreciación de la agravante.

Otro delito al que podría aplicarse la agravante objeto de este documento es el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis. Es evidente, por los datos estadísticamente comprobados, que la trata de seres humanos, aunque también conlleva trata de hombres, generalmente son mujeres las víctimas y más concretamente mujeres para explotarlas sexualmente. Por tanto, y al igual que en el delito de mutilación femenina ya analizado, entiendo que el legislador pudo haber tenido en cuenta estos datos a la hora de tipificar el delito. Sin embargo, ante la falta de esta previsión indudablemente podría aplicarse la agravante “por razones de género”.

Respecto a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los arts. 178 a 194 y que abarcan los delitos de agresión sexual, de abuso sexual, de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, de acoso sexual, de prostitución, explotación y de corrupción de menores, cabe entender que, si cada uno de ellos es llevado a cabo con ánimo discriminatorio hacia la mujer, por el simple hecho de serlo, es decir por razones de género, cabría aplicar la agravante en cuestión. Ello debido a que, además, son delitos que generalmente, bajo mi punto de vista, se cometen sobre las mujeres en mayor medida y ello suele ser porque las mujeres representan unos papeles o roles que la sociedad les ha impuesto y que socialmente están admitidos; y por tanto con ánimo discriminatorio. No obstante, no quiere decir que siempre que se dé uno de estos delitos hacia la mujer haya que apreciar necesariamente la agravante, sino que habrá que valorar caso por caso si concurren los requisitos exigidos y tan reiterados a lo largo de todo el documento.

Finalmente, lo mismo sucede con los delitos de omisión del deber de socorro, en los que, para apreciar la concurrencia de la agravante es necesario que se den los elementos imprescindibles.

Continuando con el análisis de los delitos, los de injuria y calumnia, de los arts. 205 a 210 del CP, si concurriesen los elementos necesarios de la agravante por razones de género, y el delito se cometiese por esas razones, sí que podría aplicarse.

Respecto a los delitos contra las relaciones familiares, de los arts. 217 a 233, cabe concluir lo mismo que en ocasiones anteriores, es decir, que si concurren el ánimo discriminatorio y las características de la víctima, sí que podrá aplicarse dicha agravante. En especial me gustaría destacar que tiene sentido la apreciación de esta agravante en este tipo de delitos pues es habitual que en parejas o exparejas, en supuestos de violencia de género, con el fin de hacer daño a la madre, los padres se lleven a los hijos a otro lugar o no los entreguen a la madre etc. es decir, que los hijos de la pareja muchas veces son objeto de violencia de género, tal y como ya reconoció en su día la Ley de Medidas de Protección contra la violencia de género 1/2004, que incluye a los hijos menores como víctimas también de la violencia de género.

En cuanto a los delitos contra el patrimonio, recogidos en el Título XIII del CP, arts. 234 a 304, entiendo que, como regla general, no se darán supuestos de aplicación de la agravante pues se trata de unos delitos que, en principio, nada tienen que ver con la

violencia de género. No obstante, habría que observar caso por caso, y, por ejemplo, en el caso de que un robo se haya cometido concurriendo las circunstancias propias de la agravante, la misma podrá aplicarse, bajo mi punto de vista. Ello debido a que puede haber sujetos que con ánimo discriminatorio entiendan que, debido a la “inferioridad” de la mujer, pueden sustraerle lo que consideren necesario. Aunque como he dicho, habrá que ver caso por caso y, sobre todo, habrá que probar la concurrencia de los elementos necesarios. Además, entiendo que el ánimo discriminatorio está íntimamente relacionado con la dignidad de la víctima, y si bien es cierto que en un hurto o robo esta dignidad puede verse afectada, como regla general serán únicamente los bienes patrimoniales por los que se cometerá el delito.

Antes de concluir este análisis me detendré brevemente en los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 a 318 del CP, en los cuales entiendo que sí podría aplicarse la agravante “por razones de género” en el caso de cometer el delito motivado por ello y concurriendo los elementos esenciales del mismo. Sin embargo, creo conveniente destacar el art. 314 del CP, el cual recoge el delito de discriminación en el empleo por diferentes razones coincidentes con la agravante de discriminación del art 22.4, salvo en los supuestos de identidad sexual y razones de género. Entiendo, por tanto, que se ha tratado de un olvido del legislador, pues si de lo que trata con este precepto es de evitar todo tipo de discriminación en el ámbito laboral, debería haber incluido las novedades ya citadas.

Considero que el legislador, si incluyó las razones de género en los arts. 510 y 512 del CP, también, por coherencia, debería haberlas incluido en este precepto. Tal y como ha quedado la redacción del art. 314 del CP podría pensarse que sería de aplicación la agravante por razones de género, si, por ejemplo, se produce una grave discriminación por cualquiera de las razones expresamente previstas y además se manifiesta por parte del autor razones de género, e imponer, en su caso, la pena en su mitad superior. Es importante destacar, además, que, a lo largo de la evolución social, las mujeres han sido discriminadas en el ámbito laboral por el simple hecho de ser mujeres, no sólo en cuanto a opciones laborales sino también en cuanto a sueldo. Por ello, desde mi punto de vista, debería aplicarse la agravante en estos supuestos, siempre y cuando, como en todos los casos, concurren los elementos esenciales objetivos y subjetivos para poder apreciar la agravante.

3.4. ¿Aplicación a los delitos leves?

Los delitos leves son una nueva categoría incorporada al CP mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, y que se integra con algunas de las antiguas faltas del derogado Libro III del CP y algunos de los delitos considerados antes de la reforma como delitos menos graves. Respecto de ellos, y a efectos de individualizar la pena, el art. 66. 2 del CP dispone: *En los delitos leves (...), los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

Esto significa que, en el caso de los delitos leves, el juez no deberá sujetarse a las reglas del apartado 1 del artículo 66. Sin embargo, ello no impide que el mismo tenga en consideración la concurrencia de motivos discriminatorios por razones de género, a efectos de individualizar la pena. Por tanto, entiendo que la agravante sí puede ser tenida en cuenta en los supuestos de delitos leves que tras la reforma por la LO 1/2015, los delitos leves son aquellos delitos que, conforme al art. 13.3 del CP tengan penas leves, que son las enumeradas en el art. 33.4 del CP. A su vez, en el art. 13.4 del CP, se considerará también delito leve aquel cuya pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave⁶⁶.

Pues bien, respecto de los delitos leves, el juez podrá atender a esta agravante para individualizar la pena a su prudente arbitrio, sobre todo –como sucede con los delitos menos graves y graves- en aquellos que afectan a bienes personales principalmente, siempre y cuando, se pueda demostrar la concurrencia de los elementos esenciales para la aplicación de la agravante.

Conforme a ello, cabría decir que dicha agravante podría aplicarse sobre los siguientes delitos leves: arts. 147.2 (lesiones de menor gravedad), 147.3 (golpe o maltrato de obra), 171.7 (amenazas leves), 172.3 (coacciones leves), 173.4 (injuria o vejación leves); en este caso también podrá aplicarse la agravante ya que, aunque haga referencia al apartado 2º del art. 173 del CP, este artículo no distingue entre hombres y mujeres, por

⁶⁶ Concretamente, son delitos leves los recogidos en los arts.: 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 203.2, 234.2, 236.2, 246.2, 247.2, 249.2, 252.2, 253.2, 254.2, 255.2, 256.2, 263.1.2, 386.3.2, 389, 402bis y 556.2 del CP castigados con pena de multa de hasta tres meses además de aquellos castigados con multa de entre uno y seis meses que son: 171.7 párrafo 2º, 172.3 párrafo segundo, 173.4, 337.4 y 337 bis del CP. Otros delitos que deben considerarse delitos leves, pues tienen una multa de tres meses en adelante son los contenidos en los art: 142.2, 152.2, 163.4, 195.1, 236.1, 245.2, 246.1, 247.1, 254.1, 255.1, 256, 324, 397, 399.1, 456.1, 3º, 465.2 y 470.3 del CP.

tanto, en caso de actuar con ánimo de discriminar a la mujer por el hecho de serlo, podrá –a mi criterio- aplicarse.

3.5. *El delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP*

Una consideración especial merece el delito de maltrato habitual que no contiene un subtipo agravado, como sí sucede con el maltrato ocasional del art. 153.1 del CP cuando la ofendida es la pareja o ex pareja del agresor, por lo que no parece que existan inconvenientes en que, si ese maltrato habitual obedece a una conducta discriminadora por razones de género, y se acreditan los elementos objetivos y subjetivos de la agravante, ésta pueda aplicarse.

Pero, en caso de que las condenas anteriores o simultáneas (con las que se integra el maltrato) lo fueren por maltrato ocasional del 153.1 o lesiones del 148. 4 del CP, por ejemplo, que son ya subtipos agravados por razón de género, resulta muy dudoso que pueda aplicarse al maltrato habitual la agravante de género, porque de alguna manera se estaría castigando al agresor de forma desproporcionada, puesto que en las condenas relacionadas con cada uno de los hechos ya se atiende a estos motivos agravados. Incorporar mayor pena en el delito que recoge la suma de estas conductas, permitiría afirmar que se castiga dos veces por un mismo hecho y, de ser así, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir este trabajo considero oportuno detenerme en dos cuestiones problemáticas.

La primera de ellas se relaciona con la pervivencia en nuestra legislación en vigor del sexo y el género como motivos discriminatorios que, aunque en principio puede parecer que obedecen a razones diferentes, como bien ha quedado plasmado con anterioridad, el motivo por razón de sexo, fue introducido en el CP para proteger de la violencia machista contra la mujer por el simple hecho de serlo, por tanto, bajo mi punto

de vista, entiendo que el legislador se ha olvidado de suprimir la agravante por razón de sexo, para dejar únicamente el motivo “por razones de género”.

Otra explicación para dar respuesta a por qué el legislador ha dejado ambos motivos, podría obedecer al hecho de que la discriminación por “sexo” sirva para proteger a personas atendiendo al sexo biológico, y la agravante de “género” a aquellas personas que adoptan roles femeninos, quedando incluidas en esta agravante aquellas personas transexuales. Sin embargo, entiendo que este colectivo de personas está protegido por el motivo “identidad sexual” que también forma parte del mismo precepto, por lo que, de nuevo puede llegarse a la conclusión de que la vigencia de todas las circunstancias puede ser considerada sobreabundante; salvo que, la discriminación por “sexo” se reserve para la poco frecuente, pero posible situación en que los integrantes del sexo masculino puedan verse discriminados.

La segunda cuestión se relaciona con el hecho de que el legislador no ha seguido un criterio uniforme para castigar estas motivaciones discriminatorias, ya que, en un primer momento (mediante la Ley integral) comienza introduciendo subtipos agravados en un número muy limitado de delitos; y, posteriormente, incorpora la agravante genérica “por razones de género”, que, en principio, se puede aplicar a todos los delitos, salvo en los casos de inherencia expresa o tácita ya analizados.

Podría plantearse que al introducir la circunstancia genérica deberían haberse derogado los subtipos agravados, pero de optarse por esta solución, que igualaría el tratamiento para todos los delitos, podrían desaparecer algunas consecuencias que son propias de los subtipos agravados. Así, en todos ellos, hasta ahora se impone la pena en su mitad superior, y es a partir de ese marco penal que el Juez aplicará las reglas del art. 66 del CP para aplicar las atenuantes o agravantes que puedan concurrir. Por otra parte, la prueba requerida para aplicar el subtipo agravado puede ser notablemente inferior, ya que como se ha señalado en el trabajo, la más reciente jurisprudencia del TS, solo requiere que se acredite la existencia de un contexto de discriminación.

Como contrapartida, para los delitos en los que resulte de aplicación la agravante genérica, se deberá acreditar la existencia de tal móvil discriminador al cometer el delito de que se trate, y podrá en su caso incrementarse la pena y aplicarse la mitad superior, pero sólo en el caso en que concurra sola o con otra agravante, ya que si concurre con

otra u otras atenuantes, deberán valorarse y compensarse racionalmente, y sólo se aplicará la pena en su mitad superior si se mantiene un fundamento cualificado de agravación (art. 66.7.^a CP).

A la vista de cómo se ha tratado la violencia de género hasta la reciente reforma, es decir, únicamente en el ámbito de la pareja, habrá que esperar a la jurisprudencia de los tribunales para saber en qué delitos y en qué circunstancias finalmente se aplicará dicha agravante, además de ver con qué habitualidad se aplica la misma, ya que, si bien hasta ahora únicamente se ha aplicado la violencia de género para el ámbito de la pareja, quién nos dice que no sigan haciéndolo de esta forma debido a la concepción social de este tema en nuestro país y a la posición de muchos autores que entienden que la inclusión de esta agravante en el CP cumple una mera función simbólica.

V. BIBLIOGRAFÍA:

Aguilar Cárceles, M.M., “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón de género”, en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado* (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dynkinson, 2015, págs. 58 a 63.

Borja Jiménez, E. “La circunstancia agravante de discriminación del art.22.4ª”, en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E. Y MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª Edición, Tirant to Blanch, 2015, págs. 119 a 123.

COMAS D`ARGEMIR I CENDRA, La aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, en Fundación José Ortega y Gasset – Gregorio Marañón, Ensayos, año V, núm 12, 2007.

CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho penal, Parte General*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid, 2014.

Lacruz Pardos, J.M. “El delito como conducta antijurídica, y III: la graduación de lo injusto”, en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M. Y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición, Dynkinson, Madrid, 2015, págs. 503 a 531.

Hortal Ibarra, J.C., “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22. 4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación”, en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, Dynkinson, núm.108, 2012, págs. 31 a 66.

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07 – 08, 2005.

MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., *El derecho penal en casos*, 3ª Edición, Tirant to blanch, Valencia, 2011.

Marín de Espinosa Ceballos, E., “Las circunstancias del delito”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coord.), *Fundamentos de derecho penal (Parte general)*, 4ª Edición, Tirant to blanch, Valencia, 2010, págs. 435 a 458.

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

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant to Blanch, 2013, pág. 193.

MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal (Parte General)*. 9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo. Tirant Blanch Libros, Valencia, 2015.

REBOLLO VARGAS, R., “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (Art. 22.4 del Código Penal)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.

Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en: GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª Edición, Tirant to Blanch, 2015.

SALINERO ALONSO, C., *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal y art. 66 del CP*, Comares, 2000.

Sánchez Lázaro, F.G., “Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito”, en ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR, M. (Coords), *Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, 2013, págs. 301 a 314.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 856/2014 de 26 de diciembre, 26/12/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 2446/2015 de 16 de abril de 2015, 16/04/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1145/2006, de 23 de noviembre, 23/11/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 5418/2002, de 17 de julio, 17/07/2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 59/2008, de 14 de mayo, 14/05/2008.