

# Aplicación de la agravante de género

**María Dolores Pardeza Nieto**

*Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Zamora*

Diario La Ley, N° 10054, Sección Comentarios de jurisprudencia, 22 de Abril de 2022, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

## **Resumen**

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 66/2022, de 27 de enero de 2022, relativa a la aplicación de la agravante de género cuando la conducta del delito recae en el compañero sentimental.*

La Sentencia que voy a comentar es la [66/2022 de fecha 27 de enero de 2022 \(LA LEY 5590/2022\)](#) cuyo Ponente es Excelentísimo Sr. D. Pablo Llanera Conde relativa a la aplicación de la agravante de género cuando la conducta del delito recae en el compañero sentimental.

Para empezar y antes de analizar la sentencia y analizar los hechos y fundamentos en los que se basa la misma, voy a hacer una pequeña introducción sobre regulación legal y origen de esta agravante:

Encontramos esta agravante en el [artículo 22.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), las razones de género se incorporan así al elenco de motivos discriminadores cuya concurrencia da lugar a la aplicación de esta circunstancia agravante.

Son circunstancias agravantes:

*«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, RAZONES DE GÉNERO o de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».*

Esta agravante fue Introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la [Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo \(LA LEY 4993/2015\)](#), por la que se modifica la [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), pretendiéndose así cumplir el compromiso internacional asumido por España como firmante del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica también conocido como Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 (LA LEY 29294/2011) que fue ratificado por España 18/3/2014.

El termino «género» deberá interpretarse en consonancia con la definición de violencia de género que se recoge en el [artículo 1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre \(LA LEY 1692/2004\)](#) de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Así, esta nueva circunstancia agravante sería aplicable en todos aquellos casos en los que el sujeto activo (siempre varón), comete el delito motivado por el propósito de discriminar o de hacer patente la situación de desigualdad o la relación de poder sobre el sujeto pasivo, siendo el objeto la violencia en las relaciones de pareja y ex parejas heterosexuales, y definió la violencia de género como:

*«...aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes esté o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia».*

Luego es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista o de dominación sobre la mujer por el mero hecho serlo.

Así se viene aplicando a otros delitos como los delitos contra la vida o contra la libertad sexual, o los que no son cometidos en el seno de las relaciones de pareja o familiares y tratan de paliar las consecuencias de la violencia contra las mujeres que aún perviven en nuestra sociedad.

En aquellos delitos que ya vienen específicamente agravados en el CP por constituir violencia de género contra las mujeres por su pareja o ex pareja, en el ámbito jurisdiccional establecido por el [artículo 87 ter \(LA LEY 1694/1985\)](#) <sup>1ª</sup> de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#) (LOPJ, en adelante), no se aplicaría la agravante de género, pues vulneraría el principio «non bis in ídem». No podría apreciarse, por ser elemento del tipo, en los delitos contemplados en los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2, en tanto que en estos tipos es precisamente el género la condición que se tiene en cuenta para reforzar la protección penal.

Estas «razones de género» que se incorporan ahora al elenco de motivos discriminadores, es exponente de que el móvil o las razones íntimas por la que un sujeto activo varón agrede o ataca bienes jurídicos de un sujeto pasivo mujer, tienen una individualidad propia y que son susceptibles de ser objeto de prueba y de valoración independiente por parte de jueces o tribunales.

Igualmente, esta circunstancia agravante no podrá aplicarse en los subtipos agravados en los que ya se contempla la «razón de género», como es el caso de [art. 148.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)

A continuación paso a exponer los hechos en los que se basa la sentencia del TS son los siguientes:

El Juzgado de Instrucción 4 de Donostia incoó Procedimiento de Tribunal del Jurado 1532/2018 por delito de homicidio, contra Jose Antonio, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

EL acusado, Jose Antonio mantuvo una relación sentimental con Martina, durante varios años, terminando la misma sin que el mismo aceptara la ruptura

La noche de autos, Jose Antonio estaba vigilando y al acecho en la zona en la que sospechaba que se encontraba su ex pareja, hasta que la encontró.

Una vez la encuentra le recriminó a aquella, gritando y fuera de sí «que estaba por Donostia de fiesta», llamándole «puta», y «zorra», arremolinándose gente a su alrededor por el espectáculo que generó dicho incidente.

Sobre las cinco de la madrugada de ese día, el acusado Jose Antonio, encuentra a Martina, en el exterior de un bar conversando con Fulgencio.

El acusado, al ver allí a Martina, conversando con aquel, emprendió una veloz carrera y, tomando impulso, le propinó un fuerte puñetazo en la cabeza a Fulgencio, con el puño cerrado.

El Sr. Fulgencio, al recibir el golpe en el cráneo, sufrió lesiones de tal gravedad que cayó desplomado al suelo, golpeándose su cabeza contra el mismo.

Acto seguido el acusado se situó sobre Fulgencio, intentando seguir golpeándole, siendo necesaria la intervención de varias personas que se encontraban en el lugar de los hechos para conseguir separarle de aquel, lográndolo finalmente. A continuación, el acusado huyó del lugar de los hechos.

Como consecuencia de la agresión sufrida, Fulgencio sufrió lesiones gravísimas que le provocaron la muerte.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa condenó al acusado por un delito de homicidio a la pena de doce años y once meses de prisión concurriendo la agravante de género.

Recogen los hechos probados que el motivo único y exclusivo de la agresión, fue el que Fulgencio se relacionase con la ex pareja sentimental del agresor momentos antes de ser agredido, independientemente de que dicho contacto entre Fulgencio y Martina derivara o no de una relación previa que ya se había iniciado entre ambos. El acusado actuaba como una persona que se consideraba dueña del destino de Martina.

Se señala en la sentencia de la Audiencia que:

Jose Antonio le había expresado repetidamente a Martina que si salía con otro chico le iba a atacar al mismo, no permitiendo que entablase una relación sentimental con otra pareja.

Martina estaba muy preocupada porque su ex pareja no aceptaba el cese de la relación entre ambos y así se lo hizo saber por WhatsApp a Fulgencio.

Jose Antonio actuaba como una persona que se consideraba dueña del destino de Martina, comportándose con ella de forma posesiva, controladora, y extremadamente celosa, aún después de que esta había decidido de manera irreversible el cese de la relación con aquel.

Con el ataque perpetrado contra Fulgencio cumplió su previo aviso a Martina, convirtiéndole a ésta en responsable de la muerte de aquel, al no haberse plegado a su voluntad y deseo posesivo respecto de ella.

De esta forma, mató a éste último convirtiéndole en víctima por razones de género del dominio ejercido contra Martina.

Además, volvió a ejercer su dominio sobre ella, coartando gravemente su libertad, ya que mató a Fulgencio e impidió irremisiblemente su relación con él, pues destruyó la vida de la persona con la que libremente había decidido iniciar una relación sentimental.

Respeto al itinerario procesal; contra dicha Sentencia se interpone por el letrado de la defensa Recurso de Apelación ante el TSJ del País Vasco quien estima parcialmente el mismo, entendiendo que no concurría la agravante de género imponiendo al acusado la pena de once años y seis meses de prisión. Frente a esta Sentencia se interpone por la representación procesal de los padres del fallecido y por la acusación popular recurso de Casación, ante el Tribunal Supremo al que se adhiere el Ministerio fiscal, alegando entre otros motivos la indebida aplicación de la agravante de género.

El recurso se estructura en dos motivos, voy a referirme solo al que nos ocupa, el mismo se interpone por infracción de ley, al amparo del [artículo 849.1 de la LECRIM \(LA LEY 1/1882\)](#), al entender que el rechazo por parte del recurso de apelación de que concurriera la agravante de género que sí había reconocido la sentencia de instancia, comporta una indebida inaplicación del [artículo 22.4 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en el que se prevé dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Destacan que a Fulgencio lo mató el acusado por estar hablando con Martina y lo hizo para ejercer su dominio sobre ella, coartando así su libertad e impidiendo irremisiblemente su relación con aquel. Aducen que para apreciar la agravante de género no es necesario que Martina haya sido parte en el procedimiento, puesto que la personación no es requisito de procedibilidad y la perjudicada está representada por el Ministerio Fiscal conforme al [artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#).

Se alega que la agravante se introdujo en nuestro ordenamiento penal para tener en cuenta todos los ataques a los bienes jurídicos que se fundamenten en una discriminación de género, al creerse determinados hombres superiores a la mujer y con poder para vulnerar los derechos de ésta y su dignidad, sin respetar su libertad de determinación, concurriendo toda esta fundamentación de la agravación en el supuesto enjuiciado, pues el Jurado ha declarado probado que: « *El motivo único y exclusivo de la agresión fue que Fulgencio se relacionase con la ex pareja sentimental del agresor momentos antes de ser agredido.* »

Comienza el TS señalando en el presente caso se declara probado: que el perjudicado sufrió el ataque por la voluntad del agresor de discriminar y despreciar a Martina por razones de género,

Se trata de analizar si el desvalor del delito aumenta cuando la víctima sufre la agresión porque el sujeto activo le atribuye factores diferenciales q desprecia, o si, por el contrario, la agravación se produce siempre q se comete un delito despreciando los valores constitucionales que amparan la singularidad de determinados colectivos, aun cuando ninguno de sus integrantes resulte directamente lesionado por el comportamiento típico.

Entiende el Tribunal Supremo en esta sentencia que la agravación del [art. 22.4 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) supone que el delito cometido tiene que venir impulsado por razones de discriminación y que la conducta enjuiciada entrañe un concreto desprecio de los elementos diferenciales que el sujeto activo asigna a la víctima, de modo que la agravación resulta inaplicable cuando el autor actúa por motivos racistas o de discriminación, pero la acción no se despliega contra ninguno de los que integran el colectivo que resulta atacado.

Consecuentemente, no es apreciable la agravación cuando el sujeto pasivo de la actuación delictiva no sufre directamente las consecuencias derivadas de la exclusión. En este caso no es Fulgencio sino Martina la que sufre las consecuencias derivadas de la exclusión, concluye que para aplicar la agravante de género se exige que el autor haya impulsado el delito por proyectar su discriminación sobre la víctima lo que impone aclarar que debe entenderse por víctima del delito

El concepto de víctima a que hace referencia el [artículo 22.4 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) no es equivalente al concepto de víctima que recoge el artículo 2 del Estatuto de la Víctima, en el que no se limita el concepto de víctima a la mera persona que padece directamente el perjuicio o la lesión, va mas allá del ámbito de la pareja o ex pareja, lo amplía también a familiares directos que en los casos de muerte o desaparición pasan desgraciadamente a ostentar un papel fundamental asimilable a la víctima. Víctimas indirectas.

Entiende el Supremo que esta consideración legal de víctima que se establece para definir su estatuto, no puede ser susceptible de interpretación extensiva para su operatividad en preceptos penales sancionadores.

Por todo lo expuesto, el TS desestima el recurso interpuesto.