
DELITOS DE ODIO Y VIOLENCIA DE GÉNERO:
FENÓMENOS CRIMINALES ENTRECruzADOS

ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA VICARIA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CURSO 2022-2023

GRADO EN DERECHO

DONOSTIA - SAN SEBASTIÁN

Trabajo realizado por: PAULA SÁNCHEZ ORTEGA

Dirigido por: DR. IÑIGO GORDON BENITO

RESUMEN:

Los delitos de odio y los delitos de violencia de género se han ido aproximando y confundiendo con el tiempo, produciéndose un entrecruzamiento de ambos fenómenos sociológicos. En el presente estudio se abordará la incorporación de la agravante por razones de género al art. 22.4 CP como causa de dicho cruce, considerando la importancia del Convenio de Estambul de 2011 al respecto. Además, se analizará la violencia vicaria a través de una trayectoria normativa, jurisprudencial, doctrinal y sociológica, con especial atención a la aplicación de la agravante de discriminación por razones de género sita en el art. 22.4 CP. Finalmente, se expondrán las conclusiones principales del trabajo de investigación.

PALABRAS CLAVE: *DELITOS DE OUDIO, VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA VICARIA, AGRAVANTE POR RAZONES DE GÉNERO DEL ARTÍCULO 22.4 CP.*

LABURPENA:

Gorroto-delituak eta genero-indarkeriako delituak denboran zehar geroz eta gehiago hurbildu dira, bi fenomeno soziologiko horiek hainbatean elkar gurutzatuz dira. Azterlan honetan ikusiko da nola genero-arrazoiengatiko astungarria Zigor Kodearen 22.4 artikuluan sartu izana den gurutzaketa horren arrazoia, kontuan hartuta beti ere Istanbulgo 2011ko Hitzarmenak. Gainera, indarkeria bikarioa aztertuko da ibilbide arauemaile, jurisprudenzial, doktrinal eta soziologiko baten bidez, arreta berezia jarriz Zigor Kodearen 22.4 artikuluan. Azkenik, ikerketa-lanaren ondorio nagusiak azalduko dira.

GAKO HITZAK: *GORROTO-DELITUAK, GENERO-INDARKERIA, INDARKERIA BIKARIO, ZKren 22.4 ARTIKULUKO GENERO ARRAZOIENGATIKO ASTUNGARRIA.*

ABSTRACT:

Hate crimes and gender-based violence crimes have become harder to distinguish, confusing them over time and resulting in a crossover of both sociological phenomena. The present study will address the incorporation of gender-based aggravation in Article 22.4 of the Criminal Code as the cause of this cross-linking, while considering the importance of the 2011 Istanbul Convention in this regard. In addition, vicarious violence will be analyzed through a normative, jurisprudential, doctrinal and sociological perspective, with special attention to the application of the gender discrimination aggravating factor in Article 22.4 of the Criminal Code. Finally, the main conclusions of the research work will be presented.

KEY WORDS: *HATE CRIMES, GENDER-BASED VIOLENCE, VICARIOUS VIOLENCE, GENDER-BASED AGGRAVATION OF ARTICLE 22.4 OF THE CRIMINAL CODE.*

ÍNDICE

1. Introducción y objeto de estudio.....	1
2. Delitos de odio. La agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP.....	4
2.1. Discusión doctrinal y toma de postura.....	8
2.2. Estado de la jurisprudencia.....	12
3. Delitos con marca de género.....	14
3.1. Aplicabilidad y fundamentación de la agravante de discriminación por razones de género.....	17
3.2. La agravante de discriminación por razones de género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género.....	23
4. Violencia Vicaria.....	24
4.1. Concepto y clara delimitación respecto a otras categorías violentas.....	25
4.1.1. Diferencia con el parricidio.....	26
4.1.2. Diferencia con la violencia de extensión.....	26
4.2. Normativa legal y aspectos relacionados al enjuiciamiento.....	27
4.3. Datos y gráficos.....	30
4.3.1. Perfil del agresor.....	31
a) Edad del agresor.....	31
b) Nacionalidad del agresor.....	31
c) Estado civil del agresor.....	32
d) Relación del agresor con las víctimas.....	32
e) Enfermedad mental diagnosticada del agresor.....	33
f) Antecedentes penales del agresor.....	33
g) Presencia o ausencia de amenazas antes del delito.....	34
4.3.2. Suicidio del agresor tras el asesinato.....	34
4.3.3. Perfil de la víctima.....	35
a) Edad de la víctima.....	35
b) Sexo de la víctima.....	36
c) Antecedentes previos de maltrato sobre las niñas/os.....	36
d) La separación de la pareja como una de las variables relacionadas con los asesinatos de Violencia Vicaria.....	37

4.3.4. Menores víctimas mortales por violencia vicaria.....	37
4.4. Tratamiento legal y aplicabilidad de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria.....	38
4.5. Análisis jurisprudencial.....	40
4.5.1. Caso 1.....	41
4.5.2. Caso 2.....	42
4.5.3. Recapitulación y consideraciones de interés.....	44
5. Conclusiones.....	45
6. Bibliografía.....	49

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Victimizaciones registradas según sexo (2021).....	22
Figura 2. Edad del agresor.....	31
Figura 3. Nacionalidad del agresor.....	31
Figura 4. Estado civil del agresor.....	32
Figura 5. Relación del agresor con las víctimas.....	32
Figura 6. Enfermedad mental diagnosticada del agresor.....	33
Figura 7. Antecedentes penales del agresor.....	33
Figura 8. Presencia o ausencia de amenazas antes del delito.....	34
Figura 9. Suicidio del agresor tras el asesinato.....	35
Figura 10. Edad de la víctima.....	36
Figura 11. Sexo de la víctima.....	36
Figura 12. Antecedentes previos de maltrato sobre las niñas/os.....	37
Figura 13. La separación de la pareja como una de las variables relacionadas con los asesinatos de Violencia Vicaria.....	37
Figura 14. Menores víctimas mortales por violencia vicaria.....	38

1. Introducción y objeto de estudio

Los delitos de odio y los delitos de violencia de género, como fenómenos sociológicos independientes entre sí, se han ido aproximando y confundiendo de un tiempo a esta parte. En concreto, la incorporación de las razones de género a la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP, efectuada por la LO 1/2015¹, ha sido el detonante de esta confluencia de supracategorías marco.

Los delitos de odio, al menos en sentido estricto, son actos delictivos motivados por prejuicios contra una (en representación del colectivo) o más personas que, formando parte de un colectivo sistemáticamente expuesto a similares acciones de odio (en adelante, colectivo diana), encuentran cobijo en alguna de las características identitarias previstas por ley. Tales características protegidas (p. ej.: raza, etnia, religión, etc.), que conforman una identidad grupal socialmente percibible como vulnerable o débil, obedecen siempre a una realidad nacional concreta.

La agravante genérica por motivos discriminatorios, por su potencial aplicativo a prácticamente cualquier tipo penal contenido en la parte especial del Código Penal, destaca como punta de lanza de la legislación penal antiodio española. A su vez, la aparición de las razones de género como categoría protegida ha estimulado sobremanera su aplicabilidad. Por ello, y por otras razones que se desarrollarán en breve, este instrumento jurídico se presta muy especialmente a un estudio amplio y rico en detalles como el aquí propuesto.

Los delitos de violencia de género, incluidos aquellos con marca de género introducidos por la LO 1/2004², tienen su razón de ser en el entendimiento de que la violencia ejercida contra la mujer es el resultado de la distribución de roles sociales, en los que la mujer se encuentra en una posición de inferioridad respecto al hombre. Hasta hace relativamente poco, únicamente quedaban protegidas las víctimas que lo eran por

¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

delitos de lesiones leves, amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves, maltrato físico o psíquico en el ámbito familiar o el acoso en el ámbito familiar. No obstante, “otras” víctimas de violencia de género no quedaban amparadas debidamente, o al menos de forma equiparable a como ya lo estaban las anteriores. Con la incorporación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP por la Ley 1/2015, las víctimas de violencia de género se ven protegidas ante prácticamente cualquier tipo penal recogido en la parte especial del Código Penal (p. ej.: los homicidios, más conocidos como feminicidios).

Por otra parte, desde el 2013 se han venido contabilizando en España el número de víctimas mortales por violencia vicaria, registrándose un total de 49 niños y niñas. Al tratarse de un ámbito con especial trascendencia mediática y jurídica, nos plantearemos antes que nada si la aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal del art. 22.4 CP podría tener cabida o no en estos casos, lo cual parece dividir a la doctrina española. La violencia vicaria es una forma de violencia de género por la que los hijos e hijas de las mujeres víctimas, son instrumentalizados como un medio para hacer daño a la mujer.

El objeto del presente estudio será realizar un abordaje integral acerca del margen de aplicación que tiene la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en los casos de violencia vicaria. Ante ello, parece deseable avanzar en la fundamentación de dicha agravante que modula al alza la pena a imponer, por lo que se seguirá de cerca el sentir doctrinal y jurisprudencial al respecto. De igual modo, se ha intentado encontrar respuesta a las siguientes cuestiones:

- ¿Sigue la agravante por razones de género recogida en el art. 22.4 CP el mismo camino que las restantes circunstancias del mismo artículo?
- ¿Debe el fundamento de la agravante situarse en una mayor culpabilidad de autor o en el incremento del injusto del hecho?
- ¿Por qué razón se introduce la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal del art. 22.4 CP si ya existen delitos con marca de género? ¿Está justificada la superposición actual de tales estándares?

- ¿Qué aplicabilidad merece la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria?

Para responder a estas cuestiones, entre otras muchas que irán surgiendo según se avance en la redacción, el estudio que sigue se estructurará de la siguiente manera.

En primer lugar, se estudian los delitos de odio, conceptualizándolos y delimitándolos respecto a otras constelaciones fenomenológicas con las que podría entrar en confusión. Tras un acercamiento similar a los delitos de violencia de género, se pondrán en contacto ambas realidades. Con este objetivo en mente, se valorará la tan manida alusión al Convenio de Estambul como embrión de la actual agravante por razones de género sita en el art. 22.4 CP.

Ahora bien, a raíz del Convenio se considera que la violencia de género se puede dar en casos en los que no haya relación de pareja o análoga relación de afectividad. Por ello, nos detendremos en varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se aprecia la aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal en casos en los que se cometen delitos contra la libertad e indemnidad sexual y el agresor y la víctima no tienen una relación sentimental.

Posteriormente, se estudiará la violencia vicaria y su delimitación respecto a otras categorías violentas, como el parricidio o la violencia de extensión. Se analizará la normativa legal respecto a este tipo de violencia y las particularidades relativas a su enjuiciamiento. Para ello, se tomará en consideración un estudio ya realizado para conocer los perfiles de agresor y víctima, lo cual parece que puede ayudar al diseño de estrategias de prevención futuras.

El presente trabajo de investigación finalizará con unas conclusiones que tienen el objetivo de tratar de responder a las cuestiones planteadas a lo largo del mismo.

2. Delitos de odio. La agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP

El término “*delito de odio*” no existe en nuestra normativa penal y su definición depende de la realidad nacional ante la que nos encontremos. Es una traducción literal de “*hate crimes*”, importada por el mundo del derecho anglosajón, en concreto, de Estados Unidos.

Según la OSCE³, podemos conceptualizar el término como “*toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su ‘raza’, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar*”⁴. Esta definición no obliga, pero sirve para conseguir cierta uniformidad. Hay dos aspectos que importa destacar y a los que me referiré seguidamente;

En primer lugar, dado que el posible sujeto pasivo de un delito de odio pertenece a un grupo o colectivo que reúne determinadas características que lo hacen posible objeto de discriminación, es decir, sujeto pasivo de un delito de odio, no puede ser definido cualquier individuo, sino que debe pertenecer a un grupo o colectivo minoritario (o mayoritario, pero no dominante ni social, ni económica, ni políticamente), excluido, desfavorecido, no aceptado en su diversidad. Los delitos de odio son manifestaciones de intolerancia por lo diferente, de discriminación y no reconocimiento del otro, de negación de su dignidad y derecho a existir de acuerdo a su propia identidad⁵. Entre los grupos a los que se refieren los delitos de odio, se pueden distinguir tres grupos. Los primeros son grupos “étnicos” en sentido amplio, es decir, grupos basados en elementos biológicos, históricos, culturales, lingüísticos y de identidad y/u origen nacional (con o

³ Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, que actualmente integra a 57 Estados miembro, entre ellos, España.

⁴ OSCE, *Hate Crimes in the OSCE Region. Incidents and Responses*, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2009, p. 12.

⁵ ALONSO ÁLAMO, M., “¿Es el feminicidio un delito de odio?”, *Revista Penal*, nº 50, 2020, p. 10.

sin Estado). Por esta razón, los grupos “étnicos” aceptan el origen nacional como matriz de partida, pero a veces también se refieren a la religión, a las creencias o incluso a la ideología, lo que se asocia con delitos de motivación política. El segundo grupo puede ser construido alrededor de lo sexual. Aunque el legislador mencionó específicamente el sexo, también abarca a la orientación sexual, la identidad sexual y, más recientemente, las razones de género. El segundo grupo apunta a su propia dinámica social, definida como la tensión de la llamada violencia de género. El tercero y último grupo incluye “otros colectivos sociales”, definidos en términos de múltiples elementos de la construcción social, como el estado o condición familiar, enfermedad, discapacidad u otras condiciones sociales, aunque no todos estos grupos tengan un reconocimiento homogéneo de protección jurídico-penal⁶.

En segundo lugar, para entender la existencia de los delitos de odio basta con que el hecho recaiga sobre un colectivo diana que el perpetrador no tolera, al que le niega el derecho de existir en la diversidad sin el consentimiento del autor, sin necesidad de que concurra en él un sentimiento de odio al mismo tiempo⁷. Por lo tanto, los delitos de odio no son delitos de sentimiento. Por una relación afectiva, conflicto laboral, o cualquier otra situación que genere odio, ira o rabia, una persona puede cometer un delito común y sentir odio hacia la víctima, y no por ello, estamos ante delitos de odio. Quien comete este delito, además de dañar a la víctima, se suma al delito que envíe mensajes amenazantes a personas similares a la víctima, que podría significar que les pasará lo mismo, además de impedir que se conviertan en parte de la comunidad en la que se insertan, y la sociedad en general a la que dividen y confrontan⁸.

Por otro lado, los delitos de odio no deben confundirse con la discriminación. La discriminación se trata principalmente en el orden civil, social y administrativo. Sin embargo, nuestro Código Penal tipifica como delito ciertos tipos de discriminación, que a su vez son delitos de odio, lo que genera confusión y errores en nuestra identificación de los delitos de odio y discriminación. La discriminación es otra consecuencia-efecto, otro acto de intolerancia. Las Directivas europeas definen discriminación como: “*toda*

⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 100 y ss.

⁷ ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, p. 11.

⁸ IBARRA, E., “Para una criminología de los delitos de odio”, *Cuadernos de Análisis*, nº 69, p. 10.

aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera desfavorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”⁹.

A efectos de ordenar la teoría sería conveniente ofrecer las siguientes claves, discutidas en la doctrina española. Las leyes contra la discriminación no son leyes contra los delitos de odio. El concepto de discriminación se refiere al trato desfavorable de una persona basado en ciertas consideraciones prohibidas, como el origen racial o étnico o el sexo. Las leyes de antidiscriminación que existen en casi todos los Estados de la OSCE, generalmente se refieren a discriminación en el lugar de trabajo, o discriminación en la provisión de bienes y servicios. Un acto de discriminación como pagar menos a un trabajador que a otro por el mismo trabajo es ilegal y se basaría en motivos discriminatorios. El mismo acto sin discriminación no sería ilegal¹⁰. Por tanto, una de las claves que me ha facilitado comprender la diferenciación entre ambos conceptos es que, en el delito de odio, si carece del componente prejuicioso, seguirá siendo delictivo. En cambio, de acuerdo a la OSCE, en la discriminación no. Del mismo modo, con carácter informativo, se puede tener la siguiente clasificación de delitos en cuenta;

Por un lado, los delitos de odio *stricto sensu* estarían recogidos en los artículos 22.4, 170.1, 174, 510, 510 *bis* y 515.4 CP. Por otro lado, los delitos de odio de complemento o funcionales se encontrarían en los artículos 160.3, 173.1, 197.5, 522 a 526, 607, 607 *bis*, 611.6 CP. Por último, los delitos de discriminación podrían estar regulados en los artículos 314, 511 y 512 CP¹¹.

⁹ IBARRA, E., *Ibid.*

¹⁰ OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Organization for Security and Co-operation in Europe, Polonia, 2009, p. 25.

¹¹ A mayor abundamiento, sobre esta organización de la normativa penal antiodio española, véase LANDA GOROSTIZA, J. M., *Informe de Incidentes de Odio de Euskadi 2017*, Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, Vitoria, 2018, p. 11.

De igual modo, y en lo respecta a este estudio, se debe diferenciar de la violencia de género. La Ley 1/2004, de 20 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, entiende por violencia de género “*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*”, que se ejerce sobre las mujeres “*por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quien estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*”. Sin embargo, España es un Estado signatario del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, que en su artículo 3. a), define a la violencia de género como “*una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada*”, es decir, ya no se requiere que el autor se trate de su pareja o expareja. Por otro lado, la diferencia que tendría con el delito de odio, es que éste si tendría que ver con una infracción penal de partida por razón de sexo, misoginia¹² y con el feminicidio¹³, aunque hay quién opina que es más plausible mantener intervenciones y tratamientos jurídico-sociales diferenciados¹⁴.

Por último, cabe mencionar la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta ley incluye una última categoría protegida en el art. 22.4º CP, el antigitanismo recogido como delito de odio.

En adelante se intentará defender por qué razón se modula la pena al alza por la aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal, partiendo de los delitos comunes objeto de tal agravación.

¹² Odio o aversión a las mujeres por su condición de mujer.

¹³ Asesinato de mujeres.

¹⁴ IBARRA, E., *op. cit.*, p. 11.

2.1. Discusión doctrinal y toma de postura

En cuanto a la agravante genérica contenida en el art. 22.4 CP¹⁵, se considera polémica¹⁶ y así, un sector de la doctrina¹⁷, entiende que no hay base para aumentar la gravedad objetiva del delito, al aumentarse la pena por algo que pertenece a la sede de la culpabilidad. Por el contrario, otros penalistas¹⁸ se basan en el mismo supuesto de que todas las circunstancias agravantes deben incrementar el injusto del hecho y, de que deben ser defendidas junto al bien jurídico propio del delito cometido. Con ello, se tutelan los mandatos recogidos en los artículos 10, 13.1 y 14 CE.

La parte de la doctrina que se basa en la sede de culpabilidad de autor, busca el fundamento condenando los motivos de comportamiento, que conducen a una mayor culpabilidad. En este punto, partiendo de la introducción de las agravantes en el sistema penal, BERNAL DEL CASTILLO, parte del reconocimiento de la estructura subjetiva y objetiva de los elementos de la agravante, basándose sobre la actitud personal contraria a valores, lo que lleva a defender la aplicación de la agravante de acuerdo al juicio personal de reproche en sede de culpabilidad¹⁹.

Por el contrario, otra parte de la doctrina minoritaria ofrece como base un mayor contenido del injusto. Al respecto, LAURENZO COPELLO da su punto de vista, reconociendo que la explicación de las circunstancias agravantes se adapta mejor a la mayor reprochabilidad de los motivos típicos en sede de culpabilidad. Sin embargo, dado que esta interpretación no lograría nada, opta por basar la agravación en el plano de lo injusto, en particular en el derecho que tiene el sujeto pasivo a no ser discriminado

¹⁵ Art. 22.4º CP: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, 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”.

¹⁶ Ello se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo 314/2015, del 16 de abril de 2015 (FJº 19).

¹⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 68.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson Reuters, 2011, p. 302.

¹⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 59 y ss.

y, por lo tanto, a ser tratado de la misma manera que se les trata al resto²⁰. En este sentido, LAURENZO COPELLO ha expresado su opinión, recalcando que la redacción actual invita a pensar que la definición del trato discriminatorio es la siguiente; se trataría de un “*comportamiento que implica una negación de igualdad entre los seres humanos apoyada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia*”. Asimismo, MIR PUIG afirma que la circunstancia agravante de discriminación presupone un aumento de lo injusto, pero, precisamente, donde el delito cometido niega el principio de igualdad consagrado en la Constitución y supone un mayor “*injusto subjetivo del hecho*”²¹.

Otro sector, se basa en el fundamento de que esta circunstancia tiene una naturaleza dual²² con referentes personales, incluido el derecho a la igualdad de trato para todas las personas, independientemente de su diferencia con la sociedad en general, y la otra es transpersonal, referida al “*peligro para las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas*”²³ que se sienten amenazados, lo que implica una pérdida del “*sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como consecuencia de la agresión, que corre el riesgo de producirse en el futuro, lo que se traduce como una limitación de la libertad*”²⁴.

Según MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, y la opinión de mayoría de la doctrina, la adición de tales agravantes a la pena es una violación del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, en particular a la no discriminación. Ambos derechos se encuentran en el art. 14 CE, que establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Aunque esta disposición enumera sólo ciertas categorías o circunstancias de no discriminación, la lista no es exhaustiva²⁵.

²⁰ LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, 1996, p. 235.

²¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, Reppertor, 2016, p. 656.

²² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, 2004, pp. 167 y ss.

²³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Ibid.*, p. 167.

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Ibid.*

²⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018, pp. 4-5.

Actualmente, se suscita la defensa de un “nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico derecho de igualdad, lo que ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado, mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace, también, quizá, sobre todo, frente a otros particulares”²⁶.

Con base en la propuesta de LAURENZO COPELLO y con una postura emergente²⁷, se entiende que la agravante debe basarse en el desvalor adicional de resultado y, por tanto, en el plano de lo injusto objetivo. Contrariamente a lo recogido en el artículo 510 CP, en el supuesto de la agravación el “vehículo” del mensaje amenazante es la propia actividad delictiva. Así, no se trata de la “motivación” subjetiva del autor, sino de la peligrosidad objetiva de la conducta, es decir, no es necesario investigar los motivos, sino comprobar que se está cometiendo un hecho delictivo y que era consciente de que su actuación estaba comprendido como un “comportamiento expresivo”, esto es, no sólo afecta a la víctima específica inmediata, sino que presenta un amenaza para todos los sujetos que presenten el elemento común que determinó la elección de la víctima en términos intersubjetivos²⁸.

En conclusión, a pesar de que la motivación subjetiva normalmente vaya acompañada de las conductas discriminatorias, no es ésta la que determina que una conducta tenga una repercusión intersubjetiva dirigida a un colectivo concreto. Será el contexto social y las circunstancias de vulnerabilidad que se sitúen en el colectivo diana de referencia, las que son decisivas para que la gravedad del injusto active la agravación. El problema de argumentar la aplicación de la agravante en sede de culpabilidad nos lleva a añadir una sanción adicional al haberlo cometido por motivos discriminatorios, en otras palabras, al reproche del delito cometido, se le añade un reproche adicional²⁹. Se ha criticado al considerar por una parte de la doctrina como una

²⁶ REY MARTINEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Política*, nº 100, 2017, p. 129.

²⁷ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 274 y ss.

²⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., *op. cit.*, p. 124.

²⁹ Un ejemplo de ello es la SAP de Zaragoza, nº 325/2012, de 26 de noviembre; “con frecuencia se afirma que en esta circunstancia se plasma un “incremento de la culpabilidad” o del “reproche culpabilístico”.

sanción a la motivación, una erosión con el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, ya que no se sanciona el hecho sino el motivo del sujeto, lo que no es propio de un Derecho penal del hecho y no del autor. Por ello, dentro de la Teoría del Delito, nos llevaría a categorizar la agravante del 22.4 CP en la categoría de lo injusto, con dos vertientes. Por una parte, la defendida por MIR PUIG, es decir, sostiene que nos encontramos ante un mayor injusto subjetivo, y por otra parte, la sostenida por LAURENZO COPELLO, que ha ubicado la circunstancia agravante en la categoría de lo injusto objetivo.

Por último, se han introducido reformas en materia de delitos de odio, en concreto en relación al error in personam³⁰, es decir, se han incluido expresamente los supuestos de discriminación por asociación y asociación por error. Tras dichas reformas se permite la aplicación de la agravante independientemente de sí las cualidades que motivan la discriminación concurren de forma efectiva en la persona sobre la que recaiga la conducta, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable. Dicha interpretación viene amparada por la redacción literal del propio artículo 22.4 CP al requerir *“cometer el delito por motivos...”*. No obstante, existen sentencias contradictorias al respecto que suponen una cierta inseguridad jurídica. La STS 1341/2002 de 17 de julio, indica que basta con presuponer la condición de homosexual de la víctima, aunque no lo sea para la aplicación de la agravante. En cambio, la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, afirma que *“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”*³¹.

A pesar de lo recogido por las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, la propia naturaleza de la circunstancia agravante recogida en el art. 22.4 CP, nos llevaría a aplicarlo en aquellos casos en los que el sujeto activo actúe por motivos racistas o

³⁰ Art. 6.2. b) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: *“La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”*.

³¹ MINISTERIO FISCAL, “Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, publicado en el «BOE» el de 24 de mayo de 2019, núm. 124, pp. 31-32. Acceso online: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta: 20/04/2023).

discriminatorios, creyendo de forma errónea que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil. A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 28 de marzo de 2017 (Asunto Škorjanec c. Croacia), considerando que se ha vulnerado el Convenio Europeo de Derechos Humanos por no haber atendido el Estado croata a la discriminación por asociación en la investigación de una agresión³².

Las sentencias contradictorias tanto en el Tribunal Supremo como en otras Audiencias Provinciales, podrían exigir quizás una reforma del art. 22.4 CP que permita aclarar las dudas interpretativas doctrinales y jurisprudenciales, pudiendo incorporarse *in fine*, una cláusula “*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”. La OSCE propone esta fórmula en su definición de delito de odio y ha sido adoptada en Estados Unidos con la “*Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio*”, que define el delito de odio como aquel que ha sido cometido “*por la, real o percibida, raza, color u origen nacional o por la, real o supuesta, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad*”³³.

2.2. Estado de la jurisprudencia

La jurisprudencia en relación a esta materia ha variado a lo largo de los años. Aunque se trate de la conocida como jurisprudencia menor, que se sepa, la primera sentencia que se pronunció acerca de la aplicación de la agravante por motivos discriminatorios y conduce a una posición interpretativa que se irá consolidando en el tiempo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª), de 13 de marzo de 2000. El incidente comenzó en la madrugada del 14 de septiembre de 1996, cuando un joven agredió a otro joven gay cuando salía de un bar que acostumbraba a tener público homosexual, alegando que los homosexuales “le daban asco”. El ponente

³² MINISTERIO FISCAL, *Ibid.*, p. 32.

³³ MINISTERIO FISCAL, “Propuestas de reformas legislativas”, Cap. VI, Derecho Penal Sustantivo, apartado 1. b). Acceso online: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/capitulo_VI/cap_VI_1.html (última consulta: 21/04/2023).

de la sentencia, Sr. Planchat Teruel, en el fundamento de derecho quinto apoyó la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4º CP, ya que, la acción fue una reacción a un motivo especialmente reprochable. En definitiva, al autor del delito de agresión se le impuso la pena máxima (3 años de prisión) y se demostró que lo hizo por la condición de homosexual de la víctima. En esta sentencia se enfatizaron los motivos, lo que fue confirmado por el Tribunal en su Sentencia 1341/2002 de 17 de julio³⁴.

Por un lado, la SAP de Castellón 232/2016, de 11 de octubre, se puede considerar la primera sentencia condenatoria que razona la aplicación de la agravante del 22.4 CP por motivos discriminatorios de género. Hace énfasis en *“la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores”* (FJ 8º). Esto nos hace pensar en que se impone un elemento subjetivo intencional, de dominio y superioridad, del injusto. Por tanto, de acuerdo a esta sentencia, sólo la conducta que venga seguida de dominación y desequilibrio entre sexos, podría suponer la aplicación de la agravante. Esto nos lleva a un componente subjetivo como es el ánimo del autor y otro objetivo, el requisito de que la víctima sea mujer. Por otro lado, la SAP de Lleida 56/2017, de 7 de febrero, se acerca a una interpretación más objetiva de la agravante. Destaca la *“naturaleza del hecho”*, que implica una posición de dominio del hombre sobre la mujer, esto es, que los hechos delictivos reflejan una clara posición de superioridad³⁵.

Asimismo, en 2019, el Tribunal Supremo se pronunció en relación a la aplicación de la agravante por razones de género, destacando que no requiere el ánimo de humillar a la víctima del delito, es decir, afirma que es suficiente para aplicar dicha circunstancia modificativa de responsabilidad, que de los hechos que resulten probados se origine la existencia de discriminación objetiva y el elemento de la voluntad³⁶.

³⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio, op. cit.*, pp. 128-130.

³⁵ GORDON BENITO, I., *“La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 24, 2020, p. 138.

³⁶ STS núm 99/2019 de 26 de febrero. El Tribunal Supremo ha confirmado la sentencia dictada por el TSJ de Valencia, en la que se condena a un hombre por considerar la concurrencia de la agravante de género en un delito de agresión sexual en concurso de lesiones. Se basa en la ausencia de dominar por razón de género, sino en los motivos libidinosos como móvil del delito.

En relación a lo antes expuesto, la regla general que sigue el Tribunal Supremo a la hora de aplicar la circunstancia agravante del art. 22.4 CP se basa en la culpabilidad. Sin embargo, existen sentencias del mismo en el que en casos de discriminaciones por razón de género se aplica la agravante basando su argumento en sede de lo injusto y no en la motivación subjetiva del autor.

3. Delitos con marca de género

Los delitos con marca de género siguen a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en vigor desde el 25 de junio de 2005, en adelante LO 1/2004. Con esta ley, se incrementan las penas en los delitos con marca de género frente a los delitos de violencia familiar, que prevén que, en los delitos con marca de género, el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo una mujer que se encuentre en una relación marital o similar, actual o cesada. La justificación jurídica de esta discriminación tiene su fundamento legal en que la violencia ejercida contra la mujer es resultado de las condiciones socioculturales que la colocan en una posición de subordinación frente al hombre³⁷, como se desprende del artículo 1 de la propia Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:

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

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

³⁷ JIMÉNEZ SEGADO, C., “Delitos de género y de violencia familiar: Cuestiones sustantivas y procesales”, *Colección Derecho Penal y Procesal Penal (BOE)*, nº12, Madrid, 2021, pp. 33-34.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero 5³⁸.

La violencia de género es la violencia encaminada a hacer daño a las mujeres por el hecho mismo de serlo. El fundamento material de la regulación singular de esta forma de violencia radica en los peligros ocultos que surgen de la naturaleza de la relación entre autor y víctima. El derecho penal se funda en el reconocimiento de que las mujeres son vulnerables a la violencia por parte de los hombres debido a las desigualdades fundamentales y a su situación y distribución en la sociedad, especialmente en manos de su pareja o expareja³⁹. Esto no debe negar que el hombre también pueda haber sufrido agresiones por parte de su cónyuge o conviviente. La diferencia es que el riesgo para las mujeres se deriva de una injusticia fundamental en la mencionada distribución de roles sociales, que las coloca como colectivo o “género”, en una posición de inferioridad y dependencia con respecto a los hombres⁴⁰.

El concepto normativo de la violencia de género parte de tres elementos; el personal, el objetivo y el subjetivo⁴¹. El factor personal es que el agresor es el hombre, la víctima es la mujer y anteriormente se consideraba que debía existir o haber existido entre ambos un vínculo matrimonial o una relación de afectividad. Esto ha sido modificado por el Convenio de Estambul de 2011, tal y como mencionaré más adelante. El

³⁸ Apartado que contempla la “violencia vicaria”, añadido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

³⁹ GUTIÉRREZ GALLARDO, R., “La nueva agravante por razón de género: ¿era realmente necesaria?”, *Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2017, pp. 1-2.

⁴⁰ RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de violencia de género según la Jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013, p. 404.

⁴¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, pp. 5-6.

elemento objetivo es la violencia física o psicológica, incluidos los ataques a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad. El elemento subjetivo es que la violencia es una expresión de discriminación, desigualdad y relaciones de poder entre hombres y mujeres. Sin embargo, la posición dominante no se menciona en el Código Penal. En cuanto a esta redacción, la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, requieren la concurrencia de este elemento subjetivo⁴².

Para interpretar el concepto de “género” se ha de tener en cuenta la definición del Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 (art. 3)⁴³. El art. 3. c) dispone que “*por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*”. De igual modo, el Convenio de Estambul de 2011 modificó lo que se entendía por violencia de género. Ahora, la violencia de género no tiene por qué ser ejercida por quién sea o haya sido pareja o por quién haya tenido una relación similar como venía recogiendo la LO 1/2004, sino que puede ser cualquier hombre y así lo recoge el art. 3. e) del mismo Convenio, “*por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”. Solamente se mantiene dicho requisito en el autor cuando se trata de “violencia doméstica”. El art. 3. b) del Convenio de Estambul define que “*por “violencia doméstica” se entenderán 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*” (resaltado añadido).

En lo relativo a la constitucionalidad de la agravante, cabe destacar la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que se declara constitucionalmente aplicable en el ámbito penal el principio de discriminación positiva, rechaza por primera vez el tipo penal de violencia

⁴² MUÑOZ COMPANY, M^a. J., “Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación vigente”, *Diario La ley*, nº 8606, *Sección Doctrina*, 2015, p. 7.

⁴³ En España, con la ratificación y publicación en el BOE del Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, pasó a considerarse derecho interno, en aplicación del art. 96 CE.

sexual previsto en el artículo 153.1 apartado 1 del Código Penal, con cuatro votos particulares. Adopta una perspectiva de género y argumenta que la agravación de género no constituye una vulneración de los principios de igualdad y responsabilidad penal porque no se basa en el género, sino en el campo relacional y de significado objetivo en el que se produce la violencia. Se obtiene como expresión de la desigualdad flagrante y arraigada a la que la persona ha contribuido con su conducta nociva (del mismo modo, en adelante SSTC 76/2008, de 3 de julio, 80, 81, 82 y 83/2008, todas 17 de julio, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, todos el 24 de julio, 178/2009, todos el 21 de julio y 201, 202 y 203/2009, todos el 27 de julio)⁴⁴.

3.1. Aplicabilidad y fundamentación de la agravante de discriminación por razones de género

La circunstancia agravante del art. 22.4º CP, de “*cometer del delito... por razones de género*”, la introdujo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁴⁵, que habilita un nuevo procedimiento para combatir la violencia de género no solo dentro de la pareja, sino también fuera de ella. Por un lado, el tipo de violencia de género mencionado en la LO 1/2004, se aplica únicamente a determinadas figuras delictivas, a pesar de las disposiciones sustantivas que recoge la ley en su art. 1.3. Se considera violencia de género cualquier violencia física o psicológica, incluidos los ataques a la libertad sexual, a las amenazas, a las coacciones o a la privación arbitraria de libertad. Sin embargo, quedaron realmente al margen de toda referencia al género la mayoría de figuras delictivas recogidas en el Código Penal, entre ellas, los delitos contra la vida, contra la integridad moral, etc. Aunque, si se incluyen las razones de género entre las circunstancias agravantes, se puede abarcar toda la gama de delitos. Por otro lado, dado que la agravante no limita a los sujetos activos y pasivos, al hombre y la mujer, sin mencionar la relación que tienen o tuvieron, permite que se pueda apreciar en principio,

⁴⁴ JIMÉNEZ SEGADO, C., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵ En el Código Penal existen antecedentes de esta situación desde la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que incluye el delito de lesa humanidad definido como el ataque o persecución sistemático o generalizado contra un grupo por razones como el género, siguiendo el patrón delictivo del art. 7.1.h) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

cuando entre el sujeto activo y pasivo no haya relación ninguna, ni de pareja ni de otra clase, pero el delito se ha cometido por razones de género⁴⁶.

Como ha señalado SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, si bien el Convenio de Estambul no contempla una consecuencia penal específica en forma de agravante o de elemento constitutivo del tipo de delito alguno, en su definición de la violencia de género como “*toda violencia contra la mujer porque es mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”, se entiende que el Convenio enumera una serie de actos que deben ser tipificados como delitos en los Códigos Penales de los Estados signatarios. Esto no solo se aplica al matrimonio o unión, sino también a cualquier agresión sobre las mujeres por el hecho por ser mujer⁴⁷, por lo que carece de sentido o al menos no impone automáticamente una agravante discriminatoria por razones de género⁴⁸ adicional al delito correspondiente. El art. 43 del mismo Convenio, proclama que “*los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito*”. Por ello, puede entenderse que ni el método de determinación basado en el sexo de la víctima ni la agravante basada en el género de la mujer víctima, es un requisito exigido por el Convenio, sino por la decisión de sancionar de manera agravada. El gravar la pena del delito mediante una circunstancia modificativa de responsabilidad penal queda a la discreción del ámbito doméstico de los Estados⁴⁹, cuyas disposiciones deberán interpretarse en todo caso de conformidad con las definiciones del Convenio⁵⁰.

En relación a la compatibilidad de la agravante por razones de género y la agravante de parentesco, la doctrina y la jurisprudencia sostiene distintos criterios para la

⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2020, pp. 190-191.

⁴⁷ JIMÉNEZ SEGADO, C., *op. cit.*, p. 156.

⁴⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco”, *Revista Penal*, nº 44, 2019, pp. 200 y ss.

⁴⁹ El informe explicativo del Convenio de Estambul recoge que “*Los redactores acordaron que, en principio, todas las disposiciones de Derecho penal de la Convención deberían ser presentadas de manera neutral respecto al género; el sexo de la víctima o el perpetrador no debe, por lo tanto, en principio, ser un elemento constitutivo del delito. Sin embargo, esto no debería impedir a las Partes la introducción de disposiciones específicas de género*”. Vid. “Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence”, *Council of Europe Treaty Series*, nº 210, 2011, p. 23.

⁵⁰ BOLDOVA PASAMAR M. A., *op. cit.*, p. 192.

aplicabilidad o no de estas agravantes de forma conjunta. Se basan en analizar el contenido de cada una de las agravantes y verificar que responden a realidades distintas para que su aplicación conjunta no suponga una vulneración de principio non bis in ídem⁵¹.

Como ya sabemos, la agravante discriminatoria por razones de género del art. 22.4 CP tiene su fundamento en la discriminación a la mujer por razón de género, exista o no relación sentimental entre el agresor y la víctima. Por su parte, el agravante de parentesco del art. 23 CP se basa en la falta de respeto por parte del autor con una persona con la que ha estado ligada por vínculos afectivos o de sangre. SERRANO TRIGUEROS, recoge que la agravante por razones de género sería aplicable de forma conjunta con la agravante de parentesco, cuando el fundamento de la primera sea esa discriminación por género, y en la segunda, sea la concurrencia de esa relación de matrimonio o análoga afectividad⁵². Por tanto, responden a fundamentos político criminales diferenciados. La circunstancia modificativa de responsabilidad penal de parentesco, puede aplicarse tanto como atenuante como agravante dependiendo del delito que se trate abarcando diversos familiares. Sin embargo, el fin único al que responde la agravante por razones de género del art. 22.4 CP es evitar las discriminaciones que han existido y existen en la sociedad hacia la mujer.

Por otra parte, con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en adelante, LO 8/2021, se incorporó en su redacción la edad, la identidad sexual o de género, la aporofobia⁵³ y la exclusión social como nuevos motivos discriminatorios, añadiendo como cláusula de cierre “*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”. Por ende, el legislador ha dejado claro que no cabe el error in personam en la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP.

⁵¹ SERRANO TRIGUEROS, J., “La nueva agravante de género”, *Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Madrid, 2017, p. 612.

⁵² SERRANO TRIGUEROS, J., *Ibid.*, p. 613.

⁵³ El término “*aporofobia*” lo acuñó una catedrática española, Adela Cortina, como el rechazo, aversión y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que no puede en principio por apariencia, devolver nada bueno a cambio. En detalle, véase CORTINA, A., “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia”, *PAIDÓS Estado y Sociedad*, Barcelona, 2017.

Por su parte, la STS 571/2020, de 3 de noviembre destaca lo siguiente; *“Cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares”* y que *“en los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual”*. Según la defensa de CARMELO JIMÉNEZ SEGADO, no todo delito cometido por un hombre contra la libertad sexual de una mujer merece la aplicación de la agravante, sino que sólo lo será aquel que demuestre que se trata de un acto de dominación machista, debiendo valorarse para autenticar la naturaleza de dicho acto, entre otras condiciones, la especial vinculación entre agresor y víctima, las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio, las prácticas desarrolladas, el número de actores o el simbolismos de determinados actos (STS 444/2020, de 14 de septiembre). Asimismo, son requisitos para la aplicación de esta agravante, hechos objetivamente probados que determinen el incremento del desvalor de lo injusto, *“porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad”* (STS 444/2020, de 14 de septiembre)⁵⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre, aplica la agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. El supuesto de hecho se deriva de una relación ajena a la sentimental entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, específicamente se trata de un contexto de relaciones sexuales con prestación económica. El condenado se comunicó con la mujer, para solicitarle servicios sexuales. Sin embargo, éste aprovecha la situación para poder

⁵⁴ JIMÉNEZ SEGADO, C., *op. cit.*, pp. 156-157.

cometer un delito de agresión sexual, en la que concurre una circunstancia agravante discriminatoria por razones de género, además de un delito de lesiones y un delito de robo con violencia e intimidación⁵⁵. El acusado planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley y precepto constitucional respecto a la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. El Tribunal Supremo se posiciona destacando que “*el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja*”⁵⁶. Igualmente, indica en la sentencia que la agravación de la pena se dará en aquellos casos en los que la descripción típica no haga referencia a marca de género⁵⁷, de acuerdo al principio de inherencia expresa o tácita (art. 67 CP). Podríamos entender que los delitos contra la libertad sexual llevan implícito el acto de dominación del hombre sobre la mujer, el menosprecio y la cosificación de la mujer, y esto nos llevaría a la no aplicación de la agravante del art. 22.4 CP, por contener en la descripción típica la marca de género. Asimismo, respecto a la distribución por sexo de las victimizaciones, se muestra una proporción donde casi 9 de cada 10 víctimas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual son mujeres⁵⁸ y esto, se puede apreciar en el siguiente gráfico.

⁵⁵ La aplicación de la agravante se debe a la frase que dice el acusado, “*te enteras ya cómo va esto*”, tras negarse a pagar y golpearla en la cara, y a la forma de llevar a cabo la agresión, ya que no sólo satisface su deseo sexual, golpeándola o intimidándola para vencer su resistencia, sino que también cosifica su cuerpo como mero objeto sexual. Éste consciente de que la mujer no había dado su consentimiento a ningún acto sexual y teniendo en cuenta la violencia empleada, la penetró de forma repetida por vía anal y vaginal mientras la golpeaba, hasta llegar a eyacular en su boca. Finalmente, le propinó un puñetazo en la nariz y le sustrajo su teléfono móvil y un monedero. Esto muestra la colocación de la víctima en una situación de subordinación que mantiene la discriminación histórica y socialmente aceptada.

⁵⁶ El Tribunal Supremo llega a dicha conclusión tras la LO 1/2015, por el que España ratifica el Convenio de Estambul y que recoge que la violencia contra la mujer por razones de género es toda aquella violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo o que le afecte de manera desproporcionada (art. 3. d)).

⁵⁷ Un ejemplo de un delito que hace referencia al género es el art. 173.2 CP: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge...*”.

⁵⁸ GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe sobre Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual”, Dirección General de Coordinación y Estudios Secretaría de Estado de Seguridad, 2021, p. 16. Acceso online: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-espana/> (última consulta: 27/04/2023).

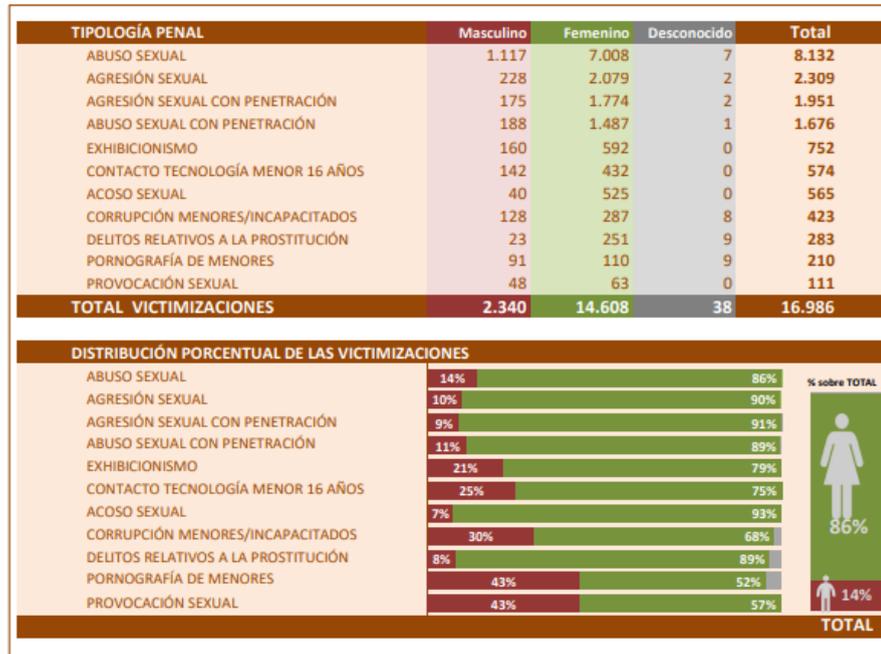


Figura 1. Victimizaciones registradas según sexo (2021)

No obstante, el Tribunal Supremo destaca en el fundamento jurídico tercero de la misma sentencia, que el legislador a la hora de tipificar los delitos recogidos en los artículos 178 y 179 del Código Penal, no tenía en consideración el género. El bien jurídico protegido sobre la libertad sexual es el de los hombres y de las mujeres, sin recoger dichos artículos en su redacción ningún presupuesto de discriminación, ni por género, ni por ninguna otra razón.

En la STS 794/2022 de 4 de octubre, el Tribunal Supremo aplica de nuevo la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en un caso en el que no hay una relación de pareja entre autor y víctima. En este supuesto, el acusado se encontró con dos chicas menores de edad, con las que consumió bebidas alcohólicas. Les propuso ir a su domicilio, donde el acusado aprovechó que las facultades cognitivas y volitivas por la ingesta de bebidas alcohólicas de ambas estaban mermadas para satisfacer sus deseos sexuales. Empezó con una de ellas, que no prestó consentimiento ni opuso resistencia y siguió con la segunda, que sí se resistió, aun así, el procesado la penetró llegando a eyacular en su interior. En la mañana siguiente, las ordenó hacerle el

desayuno y volvió a penetrar analmente a una de ellas sin consentimiento de esta. Finalmente, les obligó a arreglar y limpiar la casa para poder irse.

El Tribunal Supremo le condenó como autor de un delito continuado de abusos sexuales con penetración sobre menor de 16 años de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante discriminatoria por razones de género del artículo 22.4 CP, a la pena de once años de prisión y prohibición de aproximarse a ambas a menos de 1000 metros. El autor interpuso recurso de casación por la infracción de ley en relación con el art. 22.4 CP, entre otras. En el fundamento jurídico quinto, el Tribunal Supremo niega dicha infracción debido a que considera que las circunstancias en las que se produjeron los acontecimientos responden a un comportamiento basado en los roles tradicionales que relegan a la mujer como un objeto sexual se satisfacción del hombre en la esfera sexual, y como su “criada” en las labores domésticas en atención a sus necesidades básicas, es decir, refleja estar basado en estereotipos de género. Por ello, el Tribunal Supremo vuelve a aplicar la agravante discriminatoria por razones de género una vez más en un supuesto que no ocurre entre una pareja y en el que se comete un delito contra la libertad e indemnidad sexual.

3.2. La agravante de discriminación por razones de género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género

La circunstancia agravante de la discriminación por género se incluye en la política criminal como una pieza más con el objetivo de erradicar la violencia de género. Específicamente, se incorpora a las medidas penales que han mantenido el deseo de aumentar las penas, lo que supone una continua modificación penal hacia un derecho penal de género que advirtiera las especificidades de este tipo de violencia⁵⁹. Además, la novedad es que supone un punto de fricción entre los delitos de odio y la violencia de género.

⁵⁹ LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S., “La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 22, 2022, p. 159.

Uno de los temas más controvertidos es el alcance de la agravante por razón de sexo y especialmente, si es de aplicación cuando se trata de casos de violencia de género. Un amplio sector defiende su incompatibilidad⁶⁰. Bastará reproducir unas palabras de ALONSO ÁLAMO para reflejar esta idea: *“la expresión violencia de género se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia; por tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico”*.

4. Violencia Vicaria

El Modelo Duluth⁶¹, el primer programa multidisciplinario, estandarizado y diseñado para abordar la violencia contra las mujeres, se originó en Duluth, Estados Unidos, a principios de la década de 1980. El programa rompe con las teorías que intentan patologizar la violencia del hombre contra la mujer y defiende como origen de dichas violencias, el deseo de poder y el control. En la década de 1980, los riesgos esperados para los hijos e hijas eran los efectos psicológicos, el riesgo de ser golpeados si estaban en brazos de su madre o el riesgo de muerte si bloqueaban el golpe para evitar que su madre fuera golpeada⁶².

Cuarenta años después, el mismo proyecto ha identificado e incluido nuevas formas de violencia contra las mujeres: aquellas que comienzan después de que una mujer solicite la separación/divorcio antes o después de la ruptura de pareja, describiéndolas como formas de violencia donde el maltratador continúa atacando a las hijas e hijos. El Modelo de Duluth por su parte, insiste en que *“son las instituciones quienes sostienen esta modalidad, permitiendo y ponderando el derecho del pater familias sobre el bienestar y la seguridad de las criaturas, favoreciendo el contacto con ese hombre violento”*. Es por ello, que estos hombres encuentran la manera de continuar su

⁶⁰ GOYENA HUERTA, J., “Comentarios al Código penal”, *Editorial Lex Nova S.A*, Valladolid, 2010, p. 210.

⁶¹ *Duluth Model* (1981), creado en la ciudad de Duluth en Minnesota, EE.UU.

⁶² El Observatorio Contra la Violencia de Género puntualiza que la violencia vicaria no es un término legal, aunque sí es correcto.

violencia a través de la parte más vulnerable para las mujeres, como lo son sus hijos o hijas⁶³.

4.1. Concepto y clara delimitación respecto a otras categorías violentas

La violencia vicaria⁶⁴ es la expresión más cruel de la violencia de género. Su propósito es dañar a las mujeres a través de sus seres queridos, como lo pueden ser sus hermanos o hermanas, padres, pareja, y, especialmente sus hijas e hijos⁶⁵. El padre ejerce una violencia contra sus hijos e incluso llega en ocasiones a causarles la muerte y muchas veces utiliza recursos de particular crueldad para la eliminación de los cadáveres. Se trata de una “*violencia desplazada*”, puesto que el objetivo último es la mujer, aunque esté usando a los o las hijos/as. El asesinato de las hijas o hijos es la parte más evidente de este tipo de violencia, pero la manipulación de hijas o hijos para que se pongan en contra de la madre o incluso para que la agredan también es común. Dos ejemplos de ellos son; en 2012 con el asesino José Bretón⁶⁶ u otro caso unido al testimonio de Rocío Carrasco, en el que el maltratador manipuló a los hijos de la superviviente para que tuvieran una imagen distorsionada de ella y la odiaran⁶⁷. Aunque podamos pensar que sólo las madres son víctimas de violencia de género, esos hijos o hijas que sufren ese daño permanente son también víctimas de violencia de género⁶⁸. En este caso, nos centraremos en el estudio de la violencia vicaria, es decir, el asesinato de las hijas e hijos, para dañar de forma irreversible a la mujer. La muerte del menor,

⁶³ VACCARO, S. E., “Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres”, *Depósito Legal de la Junta de Andalucía*, Cap. I, Granada, 2021, pp. 9-10.

⁶⁴ El término vicaria se toma como adjetivo, según la RAE, como aquello que ocupa el lugar de otra persona o cosa.

⁶⁵ Sonia Vaccaro, Psicóloga clínica y perita judicial, desde el año 2012, define la Violencia Vicaria como “*aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona*”.

⁶⁶ El caso José Bretón se relaciona con los sucesos relacionados con la desaparición de los hermanos Ruth y José Bretón Ortiz, de seis y dos años, el 8 de octubre de 2011 en la ciudad de Córdoba. Éstos fueron asesinados por su padre, José Bretón Gómez, y sus restos fueron calcinados por éste.

⁶⁷ Rocío Carrasco es una colaboradora de televisión, presentadora y actriz española que estrenó un documental titulado “Rocío, contar la verdad para seguir viva”, en el que habla del maltrato y violencia machista que sufrió por parte de su exmarido.

⁶⁸ Acceso online: <https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm> (última consulta 10/03/2023).

víctima inmediata e indirecta, se llevaría a cabo con un dolo indirecto, mientras que, en la causación del daño a la mujer, víctima mediata y directa, el dolo es directo⁶⁹.

A continuación, se ofrecerán las siguientes claves de delimitación negativa para distinguirla de otras violencias emparentadas.

4.1.1. Diferencia con el parricidio

La violencia vicaria está dirigida contra la mujer y su único propósito es destruir la vida de la mujer. Presupone la clara intención de infligir un daño infinito y un dolor insoportable a quienes no mueren directamente. Sin embargo, el delito de parricidio está previsto en nuestro Código Penal como un delito con una grave condena, debido al reproche social que provoca la muerte a una persona con la que hay un vínculo de consanguinidad o adopción de ascendientes o descendientes o cometido en ámbito de las relaciones matrimoniales o de pareja⁷⁰. A pesar de que el término no sea el mismo, no significa que la respuesta penal vaya a ser distinta. Asimismo, el hombre que mate al hijo o a la hija de una mujer puede recibir la misma pena que si una mujer comete el mismo delito. FERNÁNDEZ TERUELO, apoyó esta opinión en una entrevista con el diario El Comercio. Explicó que legalmente no hay diferencia entre ambos⁷¹.

4.1.2. Diferencia con la violencia de extensión

En el caso de la violencia de extensión no existe una violencia directa de género sobre la madre, mientras que en la violencia vicaria se dan simultáneamente dos tipos de violencia, una de las cuales deriva de la otra. De este modo, la violencia por extensión se produce por parte del padre o de la madre y es tipo específico de maltrato, en el que el instrumento de tormento y daño son los hijos. Mientras que, en la violencia vicaria, la

⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Acercamiento a la violencia vicaria”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Pamplona, 2022, p.132.

⁷⁰ Acceso online: <https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm> (última consulta 15/03/2023).

⁷¹ Acceso online: https://www.diariodesevilla.es/sociedad/causa-criminal/violencia-vicaria-asesinato-Olivia_0_1735926790.html (última consulta 20/03/2023).

instrumentalización y el maltrato sobre los hijos se suma a la violencia global ya infligida a las madres. Por tanto, esta última se entiende como una violencia superpuesta de la otra⁷².

En gran medida, ambas violencias se ejercen con el fin de dañar a la madre. Su manifestación se desarrolla en diferentes grados de intensidad, que puede llegar al máximo grado en el filicidio⁷³.

En cualquier caso, esto suele ocurrir durante la separación o ruptura. No obstante, cuando entra en el ámbito de la violencia de género y el maltratador vive con la mujer, la violencia vicaria pasa a ser una práctica cotidiana. La percepción de pérdida de control sobre la mujer por parte del maltratador y el hecho de que esté a solas con el menor implica una situación de angustia para la madre y de indefensión para el menor⁷⁴.

En cuanto al perfil del maltratador, en la violencia vicaria no estamos ante enfermos mentales, tal y como veremos a continuación, sino que son maltratadores machistas por excelencia, que a través del maltrato persiguen aplicar la violencia para causar el máximo sufrimiento. En el supuesto de extensión, cuando el maltratador infantil es la madre, se observa que muchas padecen trastornos, ya sea a causa del maltrato sufrido o bien por otros motivos⁷⁵.

4.2. Normativa legal y aspectos relacionados al enjuiciamiento

El Estado ha evolucionado para garantizar la integridad de los menores cuando nos encontramos ante un maltratador. Con la reforma del Código Penal de 2015, estos casos pueden llegar a obtener condenas de prisión permanente revisable. En 2017 se firmó el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, donde se calificó la violencia vicaria o violencia “*por interpósita persona*” como el daño más extremo que se puede ejercer a la

⁷² RAMALLO MIÑÁN, E. P., “Violencia de extensión y vicaria: medidas normativas urgentes para una ejecución inicial”, *Revista Acta Judicial n° 9*, Madrid, 2022, p. 93.

⁷³ Filicidio viene del término latín *filius*, que significa “hijo”. Consiste en el asesinato por parte de un progenitor hacia un hijo propio o de la pareja.

⁷⁴ RAMALLO MIÑÁN, E. P., *op. cit.*, p. 94.

⁷⁵ RAMALLO MIÑÁN, E. P., *Ibid.*

mujer. A su vez, se ha modificado la Ley de protección a la infancia, para poder atender a las necesidades actuales y garantizar la integridad de los menores⁷⁶.

La LO 1/2004 (LOIVG), reconoce en su exposición de motivos los efectos de la violencia sobre los menores, pero no contempla medidas concretas para protegerlos. No fue sino hasta 2015, cuando en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se considera a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género, como víctimas directas de la misma, para garantizar el acceso a los servicios destinados a esta violencia, pero no víctimas de violencia vicaria y de extensión. La LO 1/2004 (LOIVG) se reformó en 2015 con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tras el dictamen del Comité CEDAW⁷⁷ sobre el asesinato de Andrea, la hija de Ángela G. Carreño⁷⁸, para reconocer su existencia y considerarla una forma más de violencia contra la mujer⁷⁹.

La reciente sanción de la LO 8/2021, ha modificado el punto 4 del art. 1 de la LO 1/2004, definiendo también como violencia de género, a aquella violencia ejercida sobre personas menores de edad o personas a cargo de la mujer, para dañarla. El art. 1.1 de la ley recoge que tiene por objeto actuar contra la violencia se ejerce sobre las mujeres como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre éstas. El art. 1.4 de la misma ley añade que la violencia de género comprende la violencia que tiene como objetivo causar un perjuicio o daño a las mujeres, ya sea ejerciéndose sobre sus familiares o allegados menores de edad causando un daño o un perjuicio a éstas.

Por su parte, la ley pionera que menciona y condena la Violencia Vicaria, es la Ley gallega 11/2017, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. Definía a la violencia vicaria en su art. 1.2 *“como el homicidio, asesinato o cualquier otra forma de violencia ejercida sobre las hijas o hijos de la*

⁷⁶ Acceso online: <https://www.arag.es/blog/derecho-penal/que-es-la-violencia-vicaria-y-como-se-castiga> (última consulta 20/03/2023).

⁷⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁷⁸ El 3 de septiembre de 1999, Felipe Rascón agredió a su mujer a punta de cuchillo, Ángela González Carreño y posteriormente, le descerrajó un tiro mortal a su hija, Andrea.

⁷⁹ RAMALLO MIÑÁN, E. P., *op. cit.*, p. 107.

mujer, así como sobre cualquier otra persona estrechamente unida a ella, con la finalidad de causarle mayor daño psicológico, por parte sea o haya sido su cónyuge o por quien mantuvo con ella una relación análoga de afectividad aun sin convivencia”.

Más tarde, se aprobó la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. En su art. 1 bis determina que la víctima de violencia de género son las hijas o hijos que sufren la violencia a la que está sometida su madre. Asimismo, el art. 3 recoge que la violencia de género se entiende como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce por el hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria a las víctimas directas, es decir, a los hijos e hijas. A su vez, el art. 4 recalca que la violencia vicaria se ejerce sobre los hijos e hijas y sobre sus madres.

En similares términos, la Ley catalana 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, la define como *“cualquier tipo de violencia ejercida contra los hijos e hijas con el fin de provocar daño psicológico a la madre”.*

Al causante de la violencia vicaria se le va a enjuiciar dentro de los Juzgados especializados en violencia de género⁸⁰, donde como mínimo, se les va a imputar un delito de asesinato, un delito de maltrato psicológico hacia la madre, con los agravantes que pueda haber. Durante el régimen de visitas acordado y ratificado por el Juez es cuando se suelen producir estos sucesos, por lo que se les puede prohibir a los

⁸⁰ Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

“1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, (...), de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, (...), siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, (...), así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”.

maltratadores acceder a las visitas con los menores sin estricta vigilancia y en centros específicos. La LO 8/2021 y la modificación incorporada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, en el art. 94 del Código Civil, ha introducido la prohibición al órgano judicial, de establecer el régimen de visitas en las situaciones de violencia de género cuando el progenitor esté inmerso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad sexual del otro cónyuge o de sus hijos, incluso no procederá este régimen de visitas, cuando se advierta, de las alegaciones de las partes, la existencia de indicios fundados de violencia de género o doméstica. De forma excepcional, el órgano judicial podrá acordar estas comunicaciones, cuando razones y motive en interés del menor, la necesidad de acordarlas⁸¹.

La responsabilidad del Estado podría ser reclamada en caso de haber concedido un régimen de visitas a alguien que, más adelante, ejerza la violencia vicaria⁸². Esto es, el Estado y sus administraciones están obligadas a poner todos los medios para que la violencia vicaria no suceda⁸³.

4.3. Datos y gráficos

En este apartado se analizarán los perfiles de agresor y víctima con el fin de acercarnos a esta realidad social. Realizarlo es imprescindible para establecer estrategias de prevención hacia estos sujetos.

⁸¹ LINARES, M., “La violencia vicaria en el marco de la violencia machista”, Ponencia presentada el 23 de noviembre de 2021, Ilustre Colegio de Abogados de Cataluña, pp. 1-2.

⁸² Un ejemplo de ello es el caso ya mencionado de Andrea, la hija de Ángela G. Carreño. El Tribunal Supremo reconoció después de 15 años, la responsabilidad del Estado española en el asesinato de Andrea a manos de su padre durante un régimen de visitas sin supervisión, impuesto por un juzgado. La sentencia obligó a la Administración a indemnizar a Ángela González Carreño un total de 600.000 euros.

⁸³ Acceso online: <https://www.arag.es/blog/derecho-penal/que-es-la-violencia-vicaria-y-como-se-castiga> (última visita 20/03/2023).

4.3.1. Perfil del agresor

a) Edad del agresor

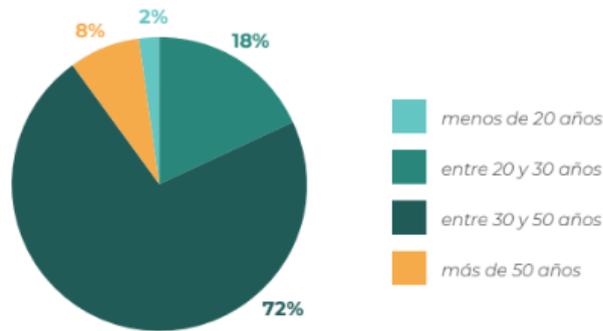


Figura 2. Edad del agresor

Los casos se concentran mayoritariamente en el grupo de edad de 30 a 50 años, que supone el 72% de la población de la muestra, seguido del grupo de edad de 20 a 30 años que representa el 18% del total⁸⁴.

b) Nacionalidad del agresor

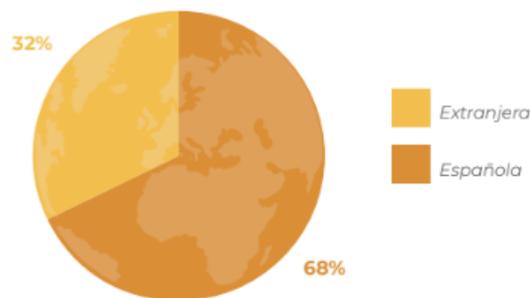


Figura 3. Nacionalidad del agresor

El 68% de la población analizada es española, la población extranjera supone el 32% de los casos⁸⁵.

⁸⁴ VACCARO, S. E., “Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres”, *Depósito Legal de la Junta de Andalucía*, Cap. III, Granada, 2021, p. 20.

⁸⁵ VACCARO, S. E., *Ibid.*

c) *Estado civil del agresor*



Figura 4. Estado civil del agresor

El 52% de los agresores del estudio se encuentran o separados o divorciados. El 28% de los casos son convivientes, es decir, que en el momento de cometer el crimen se encontraban conviviendo con la madre de los niños o niñas asesinada/os. El 14% estaba inmerso en un proceso de divorcio o de separación y el 6% de los mismos, eran pareja de la madre, pero sin convivencia con ella ni con sus hijos⁸⁶.

d) *Relación del agresor con las víctimas*

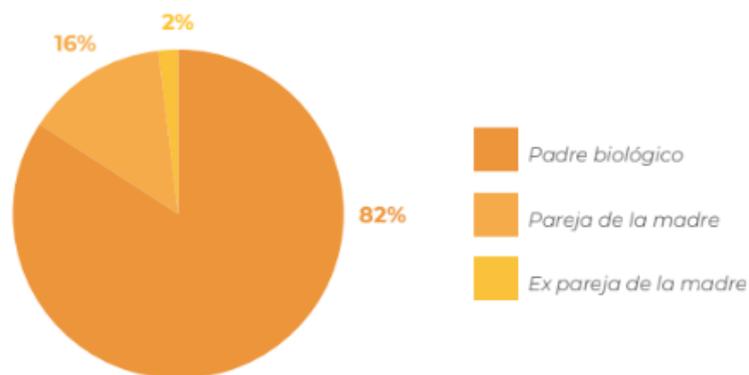


Figura 5. Relación del agresor con las víctimas

⁸⁶ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 24.

El 82% de los casos el agresor es el padre biológico de las víctimas. El 16% es la pareja de la madre y en un 2% el crimen lo comete la ex pareja de la madre⁸⁷.

e) *Enfermedad mental diagnosticada del agresor*

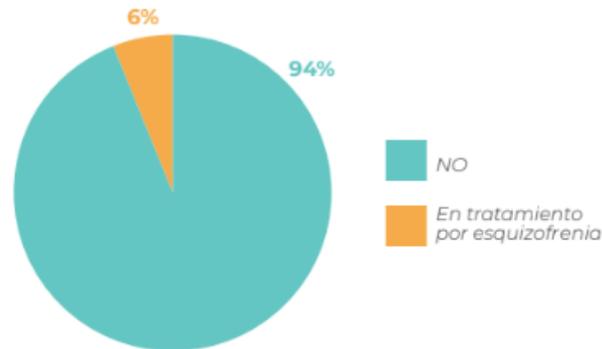


Figura 6. Enfermedad mental diagnosticada del agresor

Solamente el 6% de la población muestreada tenía una enfermedad mental diagnosticada, siendo en todos casos esquizofrenia⁸⁸.

f) *Antecedentes penales del agresor*

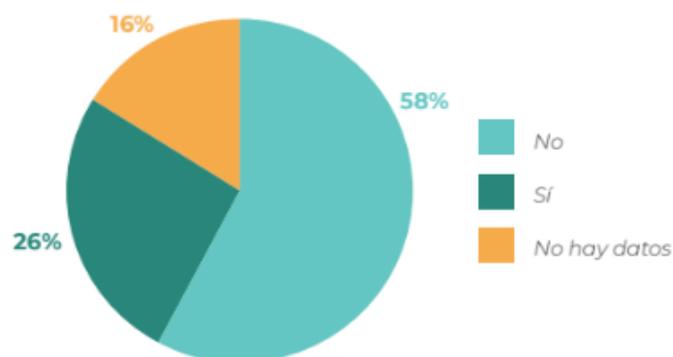


Figura 7. Antecedentes penales del agresor

⁸⁷ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 26.

⁸⁸ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 28.

Un 58% no tiene antecedentes penales, frente al 26% que sí tiene. Sobre el 16% no hay datos⁸⁹.

g) *Presencia o ausencia de amenazas antes del delito*

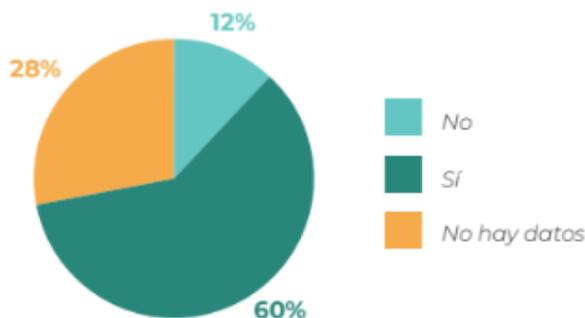


Figura 8. Presencia o ausencia de amenazas antes del delito

En el 60% de los casos sí hubo amenazas previas al asesinato y éstas fueron tanto contra la mujer como sobre los hijos. Sólo en un 12% de los casos se cometió sin amenaza previa. En el 28% no tenemos datos⁹⁰.

4.3.2. Suicidio del agresor tras el asesinato

En relación a los asesinatos vicarios extremos, los fiscales de violencia sobre la mujer han consensuado que el suicidio de los asesinos tras cometer el crimen es “*una constante que ha de tenerse en cuenta para hacer efectivo el derecho a la reparación*” y la recuperación de las madres víctimas. De todos los casos registrados desde 2013, en casi la mitad de ellos el agresor se suicidó o lo intentó. Esto supone que el procedimiento judicial por el asesinato se deba de tramitar en el Juzgado de Violencia sobre la mujer hasta su archivo por extinción de la responsabilidad. Sin embargo, la “*tortura*” de la mujer no termina, ya que se ve inmersa en “*una maraña de*

⁸⁹ VACCARO, S. E., *Ibid.*

⁹⁰ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 30.

consecuencias que hacen imposible su adaptación y supervivencia en condiciones mínimamente dignas⁹¹.

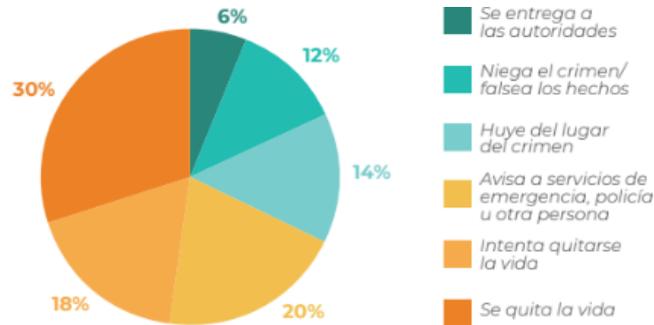
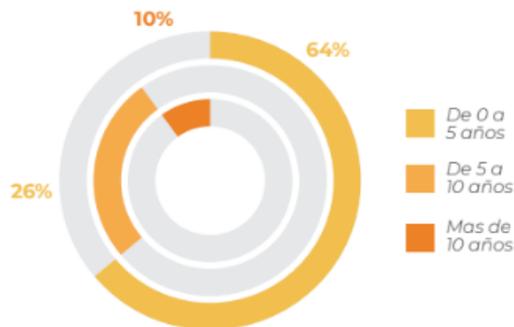


Figura 9. Suicidio del agresor tras el asesinato

En el gráfico podemos ver que en el 30% de los casos, el asesino intenta quitarse la vida tras cometer el asesinato y el 18% de ellos no intenta. Por ello, los casos en los que el agresor intenta o se quita la vida supone el 48%⁹².

4.3.3. Perfil de la víctima

a) Edad de la víctima



⁹¹ Acceso online: <https://www.epe.es/es/igualdad/20230316/violencia-vicaria-hijos-fiscalia-ley-84693349> (última consulta 21/03/2023).

⁹² VACCARO, S.E., *op. cit.*, p. 36.

Figura 10. Edad de la víctima

El 64% de las víctimas eran menores de 5 años, el 27% tenían entre 5 y 10 años y el 10% de las víctimas menores de edad tenían más de 10 años⁹³.

b) Sexo de la víctima

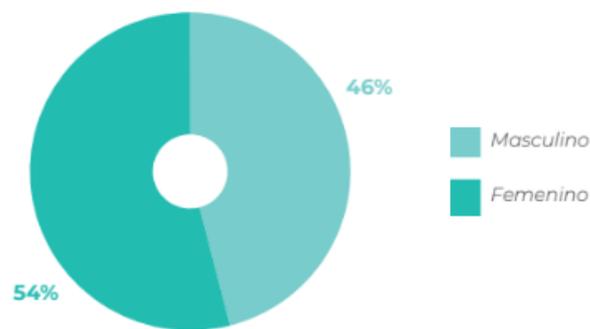
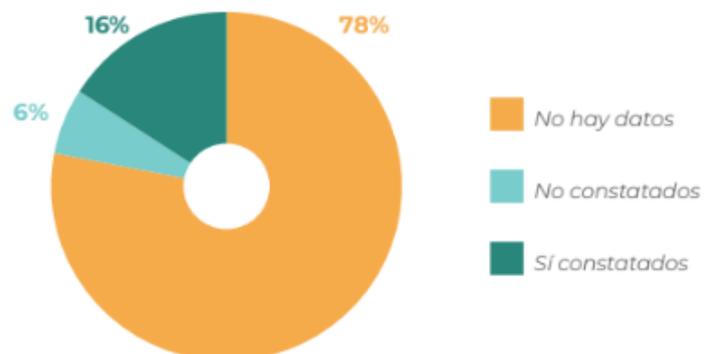


Figura 11. Sexo de la víctima

Más de la mitad eran niñas (54%)⁹⁴.

c) Antecedentes previos de maltrato sobre las niñas/os



⁹³ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 41.

⁹⁴ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 42.

Figura 12. Antecedentes previos de maltrato sobre las niñas/os

Solamente en el 16% de los casos, se constata que hubo maltrato previo, ya sea contra la misma víctima asesinada o contra otra con la que el agresor tuvo algún tipo de relación. En el resto, o no existen datos (78%) o no están constatados (6%)⁹⁵.

d) *La separación de la pareja como una de las variables relacionadas con los asesinatos de Violencia Vicaria*



Figura 13. La separación de la pareja como una de las variables relacionadas con los asesinatos de Violencia Vicaria

En más de la mitad de los casos (52%) encontramos que la no aceptación de la separación/divorcio ha sido una de las causas desencadenantes del crimen. En un 44% de los casos no hay constancia explícita en sentencia y en un 4%, se considera que el asesinato no está asociado a la separación⁹⁶.

4.3.4. Menores víctimas mortales por violencia vicaria

Desde 2013, año en el que se empezó a contabilizar de forma oficial estos datos, han sido asesinados en España un total de 49 menores por violencia vicaria.

⁹⁵ VACCARO, S.E., *Ibid.*, p. 44.

⁹⁶ VACCARO, S. E., *Ibid.*, p. 48.



Figura 14. Menores víctimas mortales por violencia vicaria

El último caso registrado data del 23 de enero de 2023, que corresponde con la confirmación del caso por violencia de género de una menor de 8 años presuntamente asesinada por la pareja de su madre en Valladolid. No existían denuncias previas por violencia de género contra el presunto agresor⁹⁷.

4.4. Tratamiento legal y aplicabilidad de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria

La muerte y las lesiones causadas a los menores por el autor encajan a la perfección en los delitos de homicidio y de lesiones. Además, en el art. 148 CP, referente al delito de lesiones, se agrava la pena “*si la víctima fuere menor de 12 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección*” o si fuera “*una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. A su vez, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incorporó en el art. 140 CP una modalidad específica de asesinato que prevé la pena de prisión permanente revisable cuando “*la víctima sea menor de dieciséis años de*

⁹⁷ GOBIERNO DE ESPAÑA, “Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género”, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2023. Acceso online: <https://violenciagenero.igu.aldad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm> (última consulta: 01/04/2023).

*edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*⁹⁸. Por tanto, según el anterior artículo, en la mayoría de los casos de violencia vicaria en los que estemos ante un delito de asesinato, se condenaría al autor a una pena de prisión permanente revisable. De acuerdo a los anteriores gráficos, un 64 % de víctimas por violencia vicaria tienen menos de 5 años, un 26 % de 5 a 10 años y un 10% tiene más de 10 años.

El Ministerio de Igualdad, en cumplimiento de las indicaciones del Convenio de Estambul de 2011 y del Primer Informe realizado por el GREVIO⁹⁹, califica el asesinato perpetrado con el fin de hacer daño a la madre del menor como *feminicidio vicario*, llegando a distinguir entre el “*feminicidio vicario en la pareja o ex pareja*” y “*feminicidio vicario fuera de la pareja o ex pareja*”¹⁰⁰.

Por su parte, de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, no sería posible aplicar la agravante del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria ni siquiera en aquellos supuestos en los que se atenta contra la vida o la salud de los menores, puesto que considera que es necesario que se cometa el delito atendiendo a las razones de género de la “víctima”, es decir, del descendiente y no de la madre¹⁰¹. MAQUEDA ABREU destaca que la agravante del art. 22.4 CP por razones de sexo podría haber sido aplicada, en los casos que a día de hoy cubre la agravante por razones de género, debido a que se refiere a la discriminación hacia las mujeres. Sin embargo, defiende que, al no haber dado mucho juego en el impacto doctrinal y jurisprudencial, se ha debido introducir la agravante por razones de género para conseguir una mayor tutela de las mujeres¹⁰². Es por ello, que consideran ambas autoras que al referirse a la víctima “mujer”, es decir, a la madre de los hijos, no sería posible aplicar la agravante en un caso en el que la víctima sea propiamente el menor. Desde el punto de vista victimológico de la violencia vicaria, ACALE SÁNCHEZ considera que a pesar de que penalmente se puedan tener en cuenta de forma conjunta los daños producidos a la madre y a los hijos, el daño

⁹⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 133.

⁹⁹ El informe se puede consultar en la siguiente dirección https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marco_Internacional/informes_PREVIO/home.htm (última consulta: 18/04/2023).

¹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 134.

¹⁰¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Ibid.*, p. 135.

¹⁰² MAQUEDA ABREU, M^a. L., “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, 2016, pp. 7 y ss.

producido a los hijos ya sea a través de un delito de asesinato o de lesiones, no da lugar a la aplicación de la agravante por razones de género¹⁰³. Por tanto, dispone que sería necesaria la producción del daño de forma directa a la mujer para la posibilidad de la aplicación de dicha agravante.

Otra parte de la doctrina, defiende que sí sería posible la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria. FARALDO CABANA, sostiene que la aplicación de esta circunstancia modificativa de responsabilidad penal, podría tener lugar en supuestos en los que la víctima no es la mujer, sino que lo es un hombre, una niña o un niño vinculado a la mujer. Por tanto, confirma que se supera el concepto restrictivo que venía utilizándose desde la LO 1/2004, y que por esta vía se amplían los casos en los que sería aplicable la agravante, aunque la víctima directa no sea la mujer¹⁰⁴.

Por tanto, se trata de un tema de especial relevancia en la actualidad, pero en la que no hay una línea doctrinal, sino que está dividida.

4.5. Análisis jurisprudencial

Tras la realización de una búsqueda exhaustiva en las bases jurídicas de Aranzadi y CENDOJ, de resoluciones condenatorias firmes en las que se haya aplicado la agravante por razones de género en casos de violencia vicaria, se han localizado solamente dos. En este apartado, nos detendremos en los hechos probados, en el recorrido judicial y en la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP. Más adelante, se deslizarán las conclusiones oportunas que deriven del estudio de los casos localizados.

¹⁰³ ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁴ Extraída de la ponencia de la Profa. Dra. Patricia Faraldo, enmarcada en el “Seminario sobre Delitos de Odio: Estado actual de la jurisprudencia (con especial atención a la agravante de género)”, el día 21 de abril de 2023, en el Bizkaia Aretoa de Bilbao.

4.5.1. Caso 1

La primera sentencia objeto de estudio es la Sentencia 285/2020, de 26 de octubre, de la Audiencia Provincial de Almería. Se consideran probados los siguientes hechos;

El 20 de abril de 2018, el acusado se encontraba en compañía de sus dos hijos menores de edad, de 8 años y de 11 años. Previamente, su esposa le había comunicado su intención de separarse. Por tanto, como acto de venganza y control sobre ella, decide llevarse a uno de sus hijos, el menor de 8 años, al sótano, lugar en el que con un cuchillo atacó por la espalda al mismo, sin que éste tuviera la posibilidad de huir. Posteriormente, le mostró a su otro hijo el cadáver degollado y ensangrentado de su hermano.

Tras lo sucedido, llama a su mujer diciéndole que había matado a su hijo y le echa la culpa de lo que había sucedido, argumentando que lo había hecho porque ella se quería separar de él y porque tenía un amante.

El Tribunal condena al acusado como autor penalmente responsable de un delito de asesinato, de un delito de maltrato habitual en el ámbito de la violencia sobre la mujer, de dos delitos de lesiones psíquicas y de dos delitos contra la integridad moral.

En el delito de asesinato aprecia la concurrencia de las circunstancias agravantes de parentesco y de género, y la atenuante de confesión.

La Audiencia Provincial de Almería aplica la circunstancia agravante discriminatoria por razones de género del art. 22.4 CP por razones de género, respecto del delito de asesinato, ya que fundamenta que el asesinato lo cometió el acusado como un acto de venganza y control sobre la esposa y madre del menor asesinado, quién previamente le había manifestado su intención de separarse de él. Por tanto, a la hora de aplicar la agravante en el delito de asesinato, tiene en cuenta que el fin era vengarse de la mujer y producir ese daño irreparable del que hablamos cuando estamos ante casos de violencia vicaria. En todo caso, al ser la víctima menor de dieciséis años, la pena que se aplica es

la pena de prisión permanente revisable, de acuerdo al art. 140.1.1ª CP. Por ello, la aplicación de la agravante no tendría incidencia en la pena.

En cuanto al recorrido judicial, se les dio notificación a las partes para que pudieran interponer un recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sin embargo, que se sepa, la resolución condenatoria no fue objeto de recurso. Por tanto, entendemos que no llegó a una segunda instancia.

4.5.2. Caso 2

La segunda sentencia analizada es la Sentencia 484/2018, de 16 de octubre, de la Audiencia Provincial de A Coruña. Se consideran probados los siguientes hechos;

El viernes, día 5 de mayo de 2017, recogió a su hijo en el punto de encuentro familiar para pasar el fin de semana con él, en cumplimiento del régimen de visitas estipulado. El domingo, día 7 de mayo (día de la madre), con el fin de causar el mayor sufrimiento psíquico posible a su ex mujer, decidió terminar con la vida de su hijo. Lo llevó a un lugar boscoso y apartado, donde en una pista forestal alejada de las casas, propinó varios golpes en la cabeza al menor con una pala de obra, causándole la muerte. El menor no tuvo posibilidad de defenderse. Posteriormente, intentó ocultar el cadáver del niño, arrastrándolo a un lugar más apartado donde excavó un hoyo para depositarlo allí, aunque desistió antes de finalizarlo, y lo dejó en la intemperie. Finalmente, la misma noche, durmió en la habitación de un hotel que previamente había reservado. Allí mismo, fue detenido al día siguiente. El encausado llevó a los agentes de policía hasta una pista forestal muy próxima al lugar donde había dejado el cadáver de su hijo.

La Audiencia Provincial de A Coruña le condena como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato cualificado con alevosía y agravado porque la víctima era menor de dieciséis años, concurriendo las agravantes de parentesco y de género, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a la ex mujer, a la pena de prisión permanente revisable. Al igual que en el caso nº1, el hecho de que el menor

asesinado sea menor de dieciséis años, nos lleva a que la pena sea la pena de prisión permanente revisable. Por ello, no tiene incidencia en la pena la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP debido a que no se puede agravar la pena de prisión permanente revisable.

El Tribunal aplica la agravante del art. 22.4 CP por razones de género, en el delito de asesinato, considerando que el acusado llevo a cabo el asesinato de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la mujer, en concreto sobre su ex mujer. De igual modo, añade los siguientes argumentos.

En primer lugar, tiene en cuenta la declaración firme, clara, coherente y convincente de la mujer sobre la vida que llevó durante su matrimonio y tras su divorcio, que temía que su ex marido la matara a ella, pero nunca lo pensó respecto a su hijo. En segundo lugar, el Tribunal destaca que las manifestaciones realizadas por la mujer se probaron en la prueba documental. En tercer lugar, toma en consideración las declaraciones de testigos que manifiestan el temor que le tenía la mujer al acusado, motivo por el que no iba sola a ningún lugar. Por último, les presta atención a los informes psiquiátricos sobre la personalidad tanto de la mujer como del acusado, que indican que éste tuvo puntuaciones significativas en la escala “narcisista” y la de “agresivo-sádico”, y la mujer presenta elementos como indefensión aprendida, asunción de una actitud evitativa, justificación de los comportamientos de su pareja, sentimientos de culpabilidad y de infravaloración. Estas pruebas muestran que el acusado no asumió la ruptura de la relación y que reaccionó a ello causándole la muerte a su hijo, para conseguir dañar de la forma más cruel que estaba a su alcance a su ex mujer y especialmente, en un día tan significativo como lo es el día de la madre.

En lo relativo al itinerario judicial, se interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, e incluso recurso de casación, pero el motivo por el que se recurría no tenía que ver con la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP. Es por ello, que la agravante no ha recibido la más mínima atención por el Alto Tribunal al no ser objeto de recurso.

4.5.3. Recapitulación y consideraciones de interés

Los dos casos previamente analizados sobre violencia vicaria, nos llevan a pensar que los tribunales a penas se esfuerzan en fundamentar la procedencia de la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP. La línea jurisprudencial no ahonda en razones sobre el potencial aplicativo de la agravante y no nos permite seguir una línea doctrinal concreta. Como ya se ha mencionado, tenemos una doctrina dividida en el tema. Por una parte, ACALE SÁNCHEZ y MAQUEDA ABREU que defienden la no aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos violencia vicaria, porque consideran que al no ser la mujer la víctima directa, no concurre la discriminación por género. Por otra parte, FARALDO CABANA sí considera que se debería de dar dicha aplicación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal en casos de violencia vicaria, ya que no se basa en si la víctima directa es o no mujer, sino en que en dicho caso se pueda apreciar la discriminación por razones de género.

La jurisprudencia podría decir más de lo que dice en estas dos sentencias, debido a que despacha todo el peso justificativo de la agravante en argumentar que la aplicación de la agravante tiene lugar porque existe ese acto de venganza, ese daño irreparable, esa dominación y desprecio hacia la mujer, etc. En atención a lo anterior, parece ser que los tribunales son más próximos a la postura defendida por FARALDO CABANA, con esa argumentación basada en la existencia de la discriminación por género del caso concreto y no, en si la existencia de la misma discriminación se da solamente cuando la víctima directa sea la mujer. De todos modos, el debate sigue inconcluso. Como decimos, la jurisprudencia podría ser más clara y fundamentar más y mejor su procedencia, para que cuando nos encontremos ante casos de violencia vicaria se sepa si tiene lugar o no la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP.

Asimismo, si tenemos en cuenta los gráficos de los datos relativos a los perfiles de agresor/víctima, podemos observar que con la argumentación que dan los tribunales podría haberse venido aplicando la circunstancia modificativa de responsabilidad penal en muchas más situaciones que en las que aquí figuran. La Figura nº 8 nos indica que en

un 60% de los casos hubo amenazas previas al asesinato y que éstas fueron tanto contra la mujer como contra los hijos. La Figura nº 13 refleja que, en más de la mitad de los supuestos de violencia vicaria en España, la separación/divorcio se entiende como una de las causas que desencadenan el crimen. Por último, la Figura nº 13 recoge un total de 49 víctimas mortales por violencia vicaria desde 2013. Por ello, se puede llegar a la conclusión de que la agravante por razones de género podría haber tenido una mayor incidencia en este fenómeno tan concreto dentro de la violencia de género, ya que estos datos ponen de manifiesto que podrían haberse dado más situaciones en las que los hijos hubieran sido las víctimas directas de un delito de asesinato, desencadenado a su vez de una situación previa de dominación, menosprecio y humillación hacia la mujer.

5. Conclusiones

A continuación, se recogen las principales conclusiones que ponen fin al presente estudio, teniendo en cuenta los objetivos planteados en la introducción.

Los delitos de odio y los delitos de violencia de género han surgido de manera independiente y a pesar de que se hayan entrecruzado por la introducción de la agravante discriminatoria por razones de género del art. 22.4 CP, deben permanecer independientes entre sí. El derecho penal de género (o sexuado) debe conservar su autonomía y no debe incluirse dentro de la lucha por el reconocimiento de colectivos que se encuentran en una situación de desventaja. Asimismo, si atendemos a los sujetos pasivos de ambas categorías de delitos, es posible apreciar que la víctima de la violencia de género no pertenece a un colectivo diana, como sí sucede en las víctimas de los delitos de odio. Esto es, aquellas personas que forman parte de un colectivo minoritario que no se tolera, se ven amenazadas si se comete un delito contra otra persona que presenta las mismas características, aquellas por las que pertenece a dicho grupo. En cambio, las mujeres no se agrupan en un colectivo diana, sino que la víctima mujer lo es de forma concreta. En estos casos, el agresor ha llevado a cabo la comisión del delito en base a términos intersubjetivos, basados en una posición de dominación sobre la mujer, desprecio y humillación hacia la misma. Es más cuestionable que exista un mensaje de

amenaza latente que se proyecte hacia el resto de mujeres (proyección comunicativa ad extra). Es más probable que este mensaje que se proyecta hacia el exterior suceda en los conocidos como delitos de sangre (p. ej.: asesinato u homicidio) debido a la cobertura mediática que reciben este tipo de casos. La sensación de amenaza es más evidente y más cuestionable respecto a otros tipos delictivos. Por tanto, sería conveniente una regulación diferenciada entre una agravación que gire en torno al género de la víctima y el resto de categorías protegidas dentro del art. 22.4 CP que enlazan con los delitos de odio.

En cuanto a la fundamentación de la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP, la doctrina se encuentra dividida. Por una parte, se sostiene que la agravación podría residir en una mayor culpabilidad de autor (motivos o móviles abiertos que propicien el actuar delictivo). Es decir, en la comisión delictiva se atiende al juicio personal de reproche del autor. Por otra parte, se defiende que se debería de atender a la peligrosidad objetiva de la conducta. El autor al cometer el delito, independientemente de la motivación subjetiva que tenga, asume el comportamiento expresivo implícito en la conducta, el mensaje amenazante dirigido a todo aquel que forme parte del colectivo diana al que pertenecía la víctima. Por último, otro sector admite que se trata de una circunstancia de naturaleza dual, con referentes personales y transpersonales. De acuerdo a una postura que va ganando adeptos, podríamos entender que el componente prejuicioso de la agravante del art. 22.4 CP, repercute en el incremento del injusto del hecho, basado en el contexto social en el que se lleva a cabo la comisión del delito y las circunstancias de vulnerabilidad que concurran. Si se incrementa la pena en sede de culpabilidad, nos adentraríamos fácilmente en el derecho penal de autor debido al reproche especial que supondría sancionar la forma de ser de alguien y no el acto en sí (derecho penal del hecho).

Por su parte, desde el Convenio de Estambul de 2011, el concepto de víctima de la violencia de género ha ampliado sus márgenes. En este momento, ya no se requiere que el sujeto activo y pasivo tengan una relación sentimental o una relación análoga de afectividad. Esta apreciación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP se puede percibir en varias sentencias del Tribunal Supremo, en las que el agresor y la

víctima no son pareja o expareja. Los tribunales requieren que se pruebe el acto de dominación machista a través de las expresiones utilizadas, las prácticas realizadas, el simbolismo de determinados actos, etc. Una de las categorías de delitos en los que podríamos entender que se da una diferenciación de roles sociales y estereotipos de género, son los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Este es un ámbito en el que claramente se manifiesta la posición de sumisión en la que la mujer se ha encontrado tradicionalmente. Por tanto, este tipo de delitos puede suponer que la violencia de género se encuentre implícita. Sin embargo, el legislador no deja claro en la redacción de estos tipos penales si tienen o no esa marca de género y, los tribunales tienden a considerar la aplicación de la modificación de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal del art. 22.4 CP en este tipo de casos. Además, conviene destacar que parece que los tribunales han realizado una mera aceptación formal de lo recogido en el Convenio de Estambul, ya que siguen encasillados en la definición de violencia de género dada por la LO 1/2004, menos amplia y menos completa. Por tanto, a pesar de las dificultades de prueba que puede suponer un caso de violencia de género fuera de los contextos de una relación de pareja, es necesario avanzar y constatar que puede darse la existencia de una motivación discriminatoria por género más allá.

Nos encontramos ante dos modelos o estándares punitivos superpuestos para regular los delitos de violencia sobre la mujer por razones de género. De un lado, tenemos los tipos penales específicos de violencia de género recogidos en la LO 1/2004 y ampliados con el Convenio de Estambul, y de otro lado, la circunstancia modificativa de responsabilidad penal del art. 22.4 CP, introducida por la LO 1/2015, junto con otros tipos específicos que sancionan conductas basadas en la discriminación (p. ej.: el discurso de odio punible del art. 510 CP). Por tanto, las víctimas de violencia de género contra las que se haya cometido un tipo penal que no se recogiera en la LO 1/2004, ya no quedan desprovistas de protección.

En lo relativo a la violencia vicaria, con los datos y gráficos incorporados al presente estudio, se nos deja claro que es necesario establecer las adecuadas estrategias de prevención contra los agresores para evitar el incremento de los casos de violencia vicaria en España. A su vez, al derivarse la violencia vicaria de la violencia de género,

nos planteamos si la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP podría tener cabida en estos supuestos. Contamos con una línea doctrinal titubeante en la materia. Por una parte, aquellos autores que consideran que no debe apreciarse su aplicación debido a que la víctima directa no es la mujer y, por tanto, la discriminación por razones de género no concurre en la víctima directa. Por otra parte, otra postura doctrinal defiende que lo importante no es si la víctima directa es o no la mujer, sino que en la comisión del delito se da esa discriminación por razones de género contra la mujer, aunque la consecuencia del acto delictivo no recaiga sobre la misma de forma directa. En nuestra opinión, nos inclinamos más por la segunda vía de entendimiento apuntada, sin perjuicio de que la argumentación empleada nos parezca escasa. Parece que estamos ante un debate incipiente sobre esta materia, que conviene desarrollar más.

Si atendemos a lo recogido por la jurisprudencia en estos supuestos, nos encontramos con una justificación pobre de la aplicación de la agravante por razones de género del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria. El fundamento se limita a destacar que existe ese daño producido a la mujer, esa situación de menosprecio, de humillación, de dominación, etc. Nuevamente, la jurisprudencia podría ser más clara para saber cuál es la postura que mantiene respecto a la aplicación de esta circunstancia modificativa de responsabilidad penal del art. 22.4 CP en casos de violencia vicaria, que como ya hemos visto, mantiene a la doctrina dividida.

6. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Acercamiento a la violencia vicaria”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Pamplona, 2022.
- ALONSO ÁLAMO, M., “¿Es el feminicidio un delito de odio?”, *Revista Penal*, nº 50, 2020.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2020.
- CORTINA, A., “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia”, *PAIDÓS Estado y Sociedad*, Barcelona, 2017.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, 2004.
- GORDON BENITO, I., “La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 24, 2020.
- GOYENA HUERTA, J., “Comentarios al Código penal”, *Editorial Lex Nova S.A.*, Valladolid, 2010.
- GUTIÉRREZ GALLARDO, R., “La nueva agravante por razón de género: ¿era realmente necesaria?”, *Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2017
- IBARRA, E., “Para una criminología de los delitos de odio”, *Cuadernos de Análisis*, nº 69.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., “Delitos de género y de violencia familiar: Cuestiones sustantivas y procesales”, *Colección Derecho Penal y Procesal Penal (BOE)*, nº 12, Madrid, 2021.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., *Informe de Incidentes de Odio de Euskadi 2017*, Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, Vitoria, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

- LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, 1996.
- LINARES, M., “La violencia vicaria en el marco de la violencia machista”, Ponencia presentada el 23 de noviembre de 2021, Ilustre Colegio de Abogados de Cataluña.
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S., “La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 22, 2022.
- MAQUEDA ABREU, M^a. L., “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, 2016.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, Reppertor, 2016.
- MUÑOZ COMPANY, M^a. J., “Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación vigente”, *Diario La ley*, nº 8606, *Sección Doctrina*, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Thomson Reuters, 2011
- RAMALLO MIÑÁN, E. P., “Violencia de extensión y vicaria: medidas normativas urgentes para una ejecución inicial”, *Revista Acta Judicial*, nº 9, Madrid, 2022.
- RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de violencia de género según la Jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013.
- REY MARTINEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Política*, nº 100, 2017.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco”, *Revista Penal*, nº 44, 2019.
- SERRANO TRIGUEROS, J., “La nueva agravante de género”, *Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Madrid, 2017.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010.

VACCARO, S. E., “Violencia Vicaria: un golpe irreversible contra las madres”, *Depósito Legal de la Junta de Andalucía*, Capítulos I y III, Granada, 2021.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Škorjanec c. Croacia, de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017\84857).

- **Tribunal Constitucional**

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia número 59/2008, de 14 de mayo de 2008 (RTC 2008\59).

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia número 76/2008, de 3 de julio de 2008 (RTC 2008\76).

- **Tribunal Supremo**

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 1341/2002, de 17 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5418).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 1145/2006, de 23 de noviembre de 2006 (RJ 2007\583).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 314/2015, del 16 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2020:314).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019\826).

Tribunal Supremo, sentencia número 444/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3274).

Tribunal Supremo, sentencia número 571/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de noviembre de 2020 (RJ 2020\4750).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia número 794/2022, de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022\4471).

- **Audiencias Provinciales**

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª), de 13 de marzo de 2000 (ARP 2000\75).

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª), sentencia número 325/2012, de 26 de noviembre de 2012 (JUR 2013\113949).

Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), sentencia número 232/2016, de 11 de octubre de 2016 (JUR 2017\13208).

Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª), sentencia número 56/2017, de 7 de febrero de 2017 (JUR 2017\129486).

Audiencia Provincial de A Coruña, sentencia número 484/2018, de 16 de octubre de 2018 (JUR 2018\278986).

Audiencia Provincial de Almería, sentencia número 285/2020, de 26 de octubre de 2020 (ARP 2021\552).

OTROS MATERIALES CONSULTADOS

GOBIERNO DE ESPAÑA, “Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género”, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2023. Acceso online: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm> (última consulta: 01/04/2023).

GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe sobre Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual”, Dirección General de Coordinación y Estudios Secretaría de Estado de Seguridad, 2021, p. 16. Acceso online: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-espana/> (última consulta: 27/04/2023).

MINISTERIO FISCAL, “Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, publicado en el «BOE» el de 24 de mayo de 2019, núm. 124. Acceso online: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta: 20/04/2023).

MINISTERIO FISCAL, “Propuestas de reformas legislativas”, Cap. VI, Derecho Penal Sustantivo, apartado 1. b). Acceso online: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/capitulo_VI/cap_VI_1.html (última consulta: 21/04/2023).

OSCE, *Hate Crimes in the OSCE Region. Incidents and Responses*, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2009.

OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Organization for Security and Co-operation in Europe Polonia, 2009.

- **Páginas web**

Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género. Acceso online: <https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm> (última consulta 10/03/2023). Qué es la violencia vicaria y por qué el asesinato de Olivia no lo es. Acceso online: https://www.diariodesevilla.es/sociedad/causa-criminal/violencia-vicaria-asesinamiento-Olivia_0_1735926790.html (última consulta 20/03/2023).

Qué es la violencia vicaria y por qué el asesinato de Olivia no lo es. Acceso online: <https://www.arag.es/blog/derecho-penal/que-es-la-violencia-vicaria-y-como-se-castiga> (última consulta 20/03/2023).

La Fiscalía pide cambios legales para reducir el calvario judicial de las madres víctimas de violencia vicaria. Acceso online: <https://www.epe.es/es/igualdad/20230316/violencia-vicaria-hijos-fiscalia-ley-84693349> (última consulta 21/03/2023).

Primer Informe realizado por el GREVIO. Acceso online: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesPREVIO/home.htm> (última consulta: 18/04/2023).