



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021 / 2022**

**LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR
RAZÓN DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA SEXUAL:
UNA VISIÓN DE GÉNERO SOBRE EL DERECHO
PENAL.**

**THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF
GENDER-BASED DISCRIMINATION AND SEXUAL
VIOLENCE: A GENDER PERSPECTIVE ON
CRIMINAL LAW.**

GRADO EN DERECHO

AUTORA: PAULA PÉREZ GARCÍA

TUTORA: D^a. MARÍA A. TRAPERO BARREALES

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	6
OBJETIVOS	7
METODOLOGÍA	8
I. INTRODUCCIÓN	10
II. PRIMERA PARTE. LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO	14
1. <i>Aproximación a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.</i>	14
2. <i>La agravante de discriminación del art. 22.4ª CP.</i>	16
3. <i>La inclusión del género como motivo discriminatorio en el art. 22.4ª CP.</i>	22
4. <i>La agravante de discriminación por razón de género y la LO 1/2004.</i>	25
4.1. <i>Problemas interpretativos.</i>	25
4.2. <i>El principio de inherencia y la prohibición non bis in idem.</i>	27
5. <i>La naturaleza jurídica de la agravante. Repaso a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.</i>	29
6. <i>El sexo y el género como causas de agravación.</i>	33
7. <i>La compatibilidad del género con la circunstancia mixta de parentesco.</i>	36
III. SEGUNDA PARTE. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.	40
1. <i>Datos estadísticos.</i>	40
2. <i>La violencia sexual de género.</i>	43
3. <i>“No es abuso, es violación.” Entre el prevalimiento y la intimidación.</i>	47
4. <i>Hacia la perspectiva de género en los delitos sexuales: “Solo sí es sí”.</i>	52
CONCLUSIONES	59

BIBLIOGRAFÍA	61
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	69

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AIS	Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología (citada por volumen, número y año)
AP	Audiencia/s Provincial/es
art/s	artículo/s
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer)
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Comp.	Compilador
coord/s.	coordinador/a/es/as
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (revista citada por número y año)
DGVG	Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género
dir/s.	director/a/es/as
Dr.	Doctor
EM	Exposición de Motivos
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (revista citada por número y año)
etc.	etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado

GREVIO	Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica)
JD	Jueces para la democracia (revista citada por número y año)
LLP	La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario (citada por número y año)
LO	Ley Orgánica
MSSSI	Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad
Nº	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OVDG	Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género
Prof.	Profesor
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RDP	Revista de Derecho Político (citada por número y año)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año)
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número y año)
RGDP	Revista General de Derecho Penal (citada por número y año)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal/es Superior/es de Justicia

V.

Véase

Vol.

Volumen

RESUMEN

La ratificación del Convenio de Estambul, principal instrumento jurídico de lucha contra la violencia de género en Europa, ha supuesto cambios en el CP español.

El presente trabajo se centra en la incorporación del género como motivo de discriminación en el art. 22.4ª y las dificultades interpretativas a las que se han enfrentado tanto la doctrina como la jurisprudencia, especialmente en lo relativo a su conexión con los tipos reformados por la LO 1/2004 y con las agravantes de sexo y parentesco.

Asimismo, a la luz de la inminente reforma de los delitos sexuales, se analiza la violencia sexual como una de las formas más graves de violencia contra la mujer y la necesidad de abordar el problema desde un enfoque de género.

PALABRAS CLAVE: género, Convenio de Estambul, violencia contra la mujer, discriminación, agravante, violencia sexual, intimidación, prevalimiento.

ABSTRACT

The ratification of the Istanbul Convention, the main legal instrument to combat gender-based violence in Europe, has led to changes in the Spanish Criminal Code.

The present work focuses on the incorporation of gender as a reason for discrimination in art. 22.4ª and the interpretive difficulties that both doctrine and jurisprudence have faced, especially in relation to its connexion with the types reformed by the LO 1/2004 and with the aggravating circumstances of sex and kinship.

Likewise, in light of the imminent reform of sexual crimes, sexual violence is analyzed as one of the most serious forms of violence against women and the need to address the problem from a gender perspective.

KEYWORDS: gender, Istanbul Convention, violence against women, discrimination, aggravating, sexual violence, intimidation, prevalence.

OBJETIVOS

El presente Trabajo de Fin de Grado persigue un doble objetivo. En primer lugar, averiguar si la agravante de discriminación por razón de género del art. 22.4ª CP es un instrumento eficaz para castigar la violencia contra las mujeres, y, en segundo lugar, analizar si la actual regulación e interpretación judicial de los delitos sexuales es adecuada para dar respuesta a la violencia sexual de género.

Para ello, el estudio fijará los siguientes objetivos específicos:

- 1º. Exponer los problemas derivados de la falta de adecuación de nuestra normativa interna en materia de violencia de género con respecto a la normativa internacional, haciendo mención especial al Convenio de Estambul.
- 2º. Estudiar los problemas interpretativos a los que se han enfrentado tanto la doctrina como la jurisprudencia en lo relativo al fundamento y naturaleza jurídica de la agravante de discriminación por razón de género, partiendo, en primer lugar, de un análisis general del art. 22.4ª CP.
- 3º. Estudiar la relación de incompatibilidad entre la agravante de discriminación por razón de género y los tipos reformados por la LO 1/2004 en virtud del principio de inherencia y la prohibición *non bis in idem*.
- 4º. Determinar los puntos de conexión entre las agravantes de sexo, género y parentesco y las razones que fundamentan a cada una de ellas.
- 5º. Contextualizar mediante datos estadísticos la realidad sobre la violencia sexual, especialmente en lo relativo a la distribución por sexos de su autoría y victimización.
- 6º. En base a lo anterior, evidenciar la violencia sexual como un auténtico fenómeno criminal que sufren las mujeres de manera desproporcionada.
- 7º. Estudiar cómo se traslada a la práctica judicial la diferenciación teórica entre agresiones y abusos sexuales y las dificultades que presenta la distinción entre la intimidación y el prevalimiento, tomando como referencia el caso de *La Manada*.
- 8º. Exponer los cambios que experimentará la actual regulación de los delitos sexuales si finalmente se aprueba el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual.
- 9º. Defender la necesidad de avanzar en la visión de género tanto en la legislación como en la formación de profesionales del Derecho.

METODOLOGÍA

Dada la temática del trabajo, la metodología utilizada para su elaboración ha sido la propia de un estudio de tipo jurídico, concretamente, del área jurídico-penal. De manera sucinta, se trata del estudio e interpretación de las normas contenidas en el CP, contextualizadas a través de otros dos textos legales (la LO 1/2004 y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica –Convenio de Estambul–), advirtiendo de que se está ante la interpretación de normas jurídico-penales, lo que significa que han de respetarse, en todo caso, los límites que se derivan del principio de legalidad (influyendo indiscutiblemente en el método de interpretación literal o gramatical). A través de la interpretación sistemática y teleológico-valorativa es como se tomará en consideración aquella contextualización normativa mencionada líneas atrás. En esta investigación desde la dogmática jurídico-penal¹ se han tomado en consideración los planteamientos de la teoría jurídica feminista².

Una vez mencionado de manera sucinta el método empleado para la elaboración del trabajo, resulta frecuente mencionar en este apartado las fases de su realización, que han sido las siguientes.

Siguiendo un orden lógico, el primer paso fue la elección del tema. Para la concreción del mismo ha sido decisiva la orientación proporcionada por la profesora Trapero Barreales, quien ha tutorizado el desarrollo del trabajo.

Seguidamente y tras la previa lectura de las principales obras sobre el tema (discriminación por razón de género y violencia sexual como manifestación de la violencia contra la mujer por razón de género) se ha procedido a la elaboración de un índice provisional con el fin de fijar una primera estructura del proyecto. Este índice ha sido objeto de numerosos cambios a la vez que se iba avanzando en la materia.

¹ Es un método de investigación jurídica que permite ordenar los conocimientos, conceptos, construir sistemas, interpretar, sistematizar, todo lo referente al derecho positivo, con el propósito de aportar los instrumentos esenciales y accesorios para la aplicación proporcional y justa del Derecho Penal, y garantizar el principio de seguridad jurídica. <https://dpej.rae.es/lema/dogm%C3%A1tica-jur%C3%ADdico-penal>

² La investigación jurídica feminista se ha ocupado de ver qué efectos producen normas pensadas en términos neutrales –o aparentemente neutrales– en relación con el género, cuando se aplican a situaciones de la vida –familiar, laboral, reproductiva, política, sexual– en las que ser varón o ser mujer ubica a las personas en escenarios de significado diferentes. ÁLVAREZ, en: LARIGUET (Comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, 2016, 107.

Tras la elaboración del índice provisional, revisado y aceptado por la tutora, la siguiente fase ha sido la recopilación del resto del material bibliográfico y jurisprudencial, su ordenación y sistematización para su posterior lectura comprensiva.

Los recursos bibliográficos utilizados (manuales de parte general, monografías, libros colectivos, artículos de revista) se han seleccionado entre la extensa bibliografía que hay sobre las materias tratadas que aparece reflejada en el portal bibliográfico Dialnet (la selección de las obras y autores se ha realizado con ayuda de la tutora). Dichos recursos bibliográficos han estado disponibles en la Biblioteca Universitaria de la Universidad de León.

La consulta de legislación se ha hecho a través de la página oficial del BOE así como del BOCG. En cuanto a la jurisprudencia, la base de datos utilizada para su búsqueda ha sido CENDOJ.

Con el fin de complementar la información extraída de las fuentes principales, también han sido objeto de consulta sitios web de instituciones oficiales como la DGVG, el CGPJ y la RAE, así como de organizaciones internacionales como la ONU y la OMS.

Tras la selección bibliográfica se ha procedido a la redacción de la parte central del trabajo, que a su vez ha sido dividida en tres partes para facilitar una mayor claridad y comprensión. Como parte final del estudio se plantean las conclusiones alcanzadas tras haber abordado todos los objetivos fijados.

Por último, el sistema de citas utilizado en la elaboración del trabajo ha sido el indicado por la tutora del mismo.

I. INTRODUCCIÓN

“No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; el conjunto de la civilización elabora este producto intermedio entre el macho y el castrado que se suele calificar de femenino”³.

Tradicionalmente, en términos de desigualdad, se han venido asignando a ambos sexos una serie de roles o funciones determinadas como consecuencia de la estructura patriarcal, y, por lo tanto, dicotómica, de la sociedad, siendo así que a la mujer se le han atribuido funciones privadas o correspondientes al ámbito doméstico (cuidado, afecto emocional y sexual, reproducción biológica, etc.) mientras que al hombre se le han asignado funciones públicas y productivas (trabajo remunerado para el mantenimiento de la unidad familiar, protección, toma de decisiones, etc.); funciones de cada uno de los sexos que lleva aparejado un carácter o un estereotipo diferente respecto al modo de actuar (debilidad, dependencia y sumisión frente a fuerza, asertividad y autonomía)⁴.

Consecuencia de este reparto asimétrico de papeles surge un fenómeno violento muy concreto: la violencia contra la mujer por razón de género. Pese a sus primitivas y hondas raíces, habrá que esperar hasta la última década del siglo XX para que la comunidad internacional comience a sensibilizarse con tal fenómeno. El primer reconocimiento en sede internacional llega con la Declaración para la eliminación de la violencia contra las mujeres (Resolución 48/104 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993). Pese a carecer de fuerza vinculante, este texto asentará las bases para los futuros Convenios y legislaciones nacionales sobre violencia de género, especialmente en lo relativo a su origen estructural y su carácter de violación de derechos humanos.

En este brevísimo repaso al ámbito internacional merece mención especial la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995. En este momento se califica la violencia de género como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su

³ DE BEAUVOIR, *El segundo sexo*, 2018, 341.

⁴ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 67.

pleno desarrollo”. Por ello, los Estados se han de comprometer a “adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y fomentar el adelanto y la potenciación del papel de la mujer”. Entre estas medidas cabe destacar, por la relevancia que en este trabajo tienen, la de “introducir sanciones penales (...) en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad”⁵.

El cambio de paradigma de una justicia patriarcal hacia una justicia que incorpore los ojos de género es, por lo tanto, una exigencia que viene legitimada en clave del respeto a los derechos humanos⁶.

Entrado el siglo XXI, España se propone ser pionera en esta lucha y aprueba la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷.

El art. 1 LO 1/2004 delimita el objeto de la ley a “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”. Consecuencia de ello se incorporan a nuestro texto punitivo los tipos género-específicos para castigar conductas que, no tanto por su

⁵ ONU, *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*, 2015. <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

⁶ JERICÓ OJER, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 296.

⁷ Antes de la aprobación de esta LO, desde la perspectiva jurídico-penal, ya se habían introducido reformas en el CP con la pretensión de prevenir la violencia de género (concretamente la violencia física), si bien se hacía desde la regulación genérica del delito de violencia en el ámbito familiar. En concreto, el primer delito de violencia física habitual se incluyó en el CP anterior a través de la LO 3/1989, de 21 de junio, con el siguiente tenor (art. 424): “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. La tipificación penal indiferenciada de la violencia de género y la violencia doméstica se mantuvo en el CP de 1995, tanto en su versión originaria como en posteriores reformas legislativas, entre las que destacan las de 2003. Como se comentará a lo largo del texto, no será hasta la aprobación de la LO 1/2004 cuando se tipifiquen de manera diferenciada determinados delitos de violencia de género y de violencia doméstica (concretamente, el maltrato ocasional, las lesiones, amenazas y coacciones leves), una regulación penal diferenciada que, sin embargo, no se ha extendido al delito de violencia habitual (el actual art. 173.2), ni con esta reforma de 2004 ni tampoco en reformas posteriores. V. para más detalles, sobre la evolución de la respuesta penal frente a la violencia de género, por todos, VIDALES RODRÍGUEZ, *RGDP* 32 (2019), 7 ss.

gravedad, sino por su frecuencia comisiva en el ámbito de la pareja las hacen merecedoras de un mayor reproche penal⁸.

Lo cierto es que la reducción de la violencia de género al ámbito privado ha sido una apuesta desafortunada por parte de nuestro legislador. No se puede poner en duda la importancia de la violencia en el contexto de las relaciones de pareja, de familia o de afectividad, pero no son la única modalidad o forma de violencia ni tampoco su interpretación y parámetros pueden servir como paradigma de la violencia contra la mujer⁹. Por tanto, no hay que entender que la situación de violencia machista se limita solo a los casos en los que ha existido o pervive una relación sentimental, sino que cualquier delito del que sea víctima una mujer y que lo sufra precisamente por ser mujer y por razones de discriminación, ha de ser entendido como un delito de violencia de género o sobre la mujer¹⁰.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (más conocido como Convenio de Estambul) es el primer documento vinculante, en el ámbito europeo, sobre la violencia contra la mujer que introduce mecanismos para garantizar su cumplimiento¹¹.

Su ratificación en 2014 ha supuesto para España la necesidad de revisar su legislación anterior. Tanto es así que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, aprobado en diciembre de 2017, contiene entre sus múltiples medidas la de “ampliar el concepto de

⁸ En este sentido, por todos, LAURENZO COPELLO, *EPC* 35 (2015), 786. A modo de ejemplo, la Macroencuesta de violencia contra la mujer (2019) revela que en el marco de la violencia física en la pareja “la situación que se ha dado más frecuentemente es la de que la pareja haya empujado, agarrado o tirado del pelo a la mujer entrevistada alguna vez (9,3%), porcentaje al que le sigue a escasa distancia el de mujeres a las que en alguna ocasión las han abofeteado o les han tirado algo que pudiera hacerles daño (7,5%). Las agresiones más violentas son las que se han producido en menor porcentaje: el 1,9% de las mujeres que han tenido pareja dicen que alguna de sus parejas las ha intentado asfixiar o quemar, y el 2,1% afirman que les han amenazado con usar o han usado una pistola, cuchillo u otra arma o sustancia peligrosa contra ellas (...). El 25,0% de las mujeres que han sufrido violencia física de su pareja actual afirman que esta violencia ha tenido lugar solo una vez frente al 75% que dicen que ha sucedido en más de una ocasión. En el caso de las mujeres que han sufrido violencia de parejas pasadas, el 17,3% afirman que solo sucedió en una ocasión mientras que el 82,5% afirman que ocurrió más de una vez”. DGVG, *Macroencuesta de violencia contra la mujer*, 2019. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>

⁹ Así lo afirman AÑÓN ROIG/MERINO-SANCHO, *AIS* 1 (2019), 90. V. para más detalles, sobre la crítica de equiparar violencia de género con violencia doméstica, por todos, LAURENZO COPELLO, *RECPC* 07-08 (2005), 4 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 13; VILLACAMPA ESTIARTE, *RECPC*, 20-04 (2018), 16; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC* 39 (2019), 342.

¹⁰ Por todos, LLORIA GARCÍA, *RGDP* 31 (2019), 13-14.

¹¹ Destaca la importancia de este Convenio, el primero a nivel europeo con carácter vinculante, VENTURA FRANCH, *RDP* 97 (2016), 192.

violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”¹².

El citado Convenio establece que por “violencia contra las mujeres” se deberá entender 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; 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, entendiendo el “género” como los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres¹³.

El primer efecto derivado de la ratificación del Convenio de Estambul se produce en 2015 con la incorporación al CP de la agravante de discriminación por razón de género, cuyo fundamento, naturaleza jurídica, aplicación y entendimiento serán objeto de análisis a lo largo del presente trabajo¹⁴.

El Convenio de Estambul aborda de manera específica la violencia sexual como modalidad de violencia de género, precisamente por afectar a las mujeres de manera desproporcionada. Dado que en estos momentos se está debatiendo el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual, y uno de los argumentos esgrimidos para su justificación es la adaptación del Derecho interno a lo estipulado en el Convenio de Estambul, también se someterá a estudio de qué manera está influyendo este texto internacional en la inminente reforma de los delitos sexuales, en particular, en la novedad que supone la definición del consentimiento.

¹² CONGRESO+SENADO, *Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*, 2019. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>

¹³ Art. 3 del Convenio de Estambul.

¹⁴ La LO 1/2015 también incorpora al CP el delito de matrimonio forzado en el art. 172.bis y el de acoso o “*stalking*” en el art.172.ter. Si bien su redacción es neutra, es decir, no se hace referencia expresa al sujeto pasivo mujer, se trata de dos delitos mencionados en el Convenio de Estambul como manifestación de la violencia contra las mujeres.

II. PRIMERA PARTE. LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

1. Aproximación a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Junto con los elementos esenciales que conforman el delito –la acción, el tipo global de injusto¹⁵ y la culpabilidad– el CP español contiene en su Parte General una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter genérico. Desde el punto de vista de sus efectos las circunstancias se clasifican en *atenuantes* (art. 21), *agravantes* (art. 22) y *mixta* (art. 23)¹⁶.

Las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el *ser* del delito, sino solo su *gravedad*¹⁷.

Por razones de espacio expondré la opinión de la doctrina mayoritaria, integrada por aquellos autores que enmarcan el estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría jurídica del delito¹⁸. Para este sector, aunque el resultado se refleje en una mayor o menor imposición de pena, tales circunstancias encuentran su fundamento en el injusto y/o en la culpabilidad, determinando así la mayor o menor gravedad del delito. Buena prueba de ello es su propia ubicación sistemática en el CP; esto es, en el Título I del Libro I del texto punitivo, reservado a las infracciones penales, y no en su Título III, consagrado a las penas. El hecho de que el legislador no haya ubicado las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el apartado específico de las penas nos indica que no es simplemente una graduación de las mismas, sino que guarda relación con los propios elementos del delito¹⁹.

¹⁵ Se parte de la concepción del tipo como tipo global de injusto, desde la fundamentación dogmática de la teoría de los elementos negativos del tipo, defendida por los autores alemanes A. MERKEL; FRANK y RADBRUCH. El tipo implica siempre antijuridicidad porque solo hay auténtico tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. V. para más detalles, sobre el origen de este planteamiento teórico en la doctrina alemana, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª, 2016, 153.

¹⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 510.

¹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 630.

¹⁸ Como se ha indicado en el texto, se va a exponer la tesis mayoritaria que entiende que las agravantes y atenuantes pertenecen a la teoría jurídica del delito. El otro sector doctrinal defiende otra interpretación, en concreto, sostiene que las circunstancias modificativas de la responsabilidad encuentran su fundamento en la teoría de la pena, que, aun siendo la tesis ampliamente seguida por la doctrina penal alemana, no es así en España.

¹⁹ Así lo afirma OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 146. V. también, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 510; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 631.

Pero además, porque efectivamente, y tal y como ha indicado en innumerables ocasiones el TS, el injusto y la culpabilidad no son estructuras absolutas, sino que son graduables o modulables²⁰.

Debe tenerse en consideración que la admisión de una conducta como delito y de una circunstancia como modificativa de la responsabilidad criminal no puede estar ayuna de fundamentación, de forma que si nos posicionamos en el marco de un Derecho penal garantista, que parta de la dignidad de la persona como el límite más temprano del *ius puniendi*, y que fundamente la pena simultáneamente en la afección negativa a un bien jurídico y en la correlativa capacidad de culpabilidad del autor, la fundamentación de uno y otra debe buscarse en el plus de desvalor añadido al hecho (bien jurídico) y/o el plus de culpabilidad (por la mayor o menor capacidad de motivabilidad del autor)²¹. En este sentido, la doctrina consolidada del TS establece que “las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo”²².

Una vez admitida la tesis que entiende que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pertenecen a la teoría jurídica del delito, en cuanto a su concreta conexión con el injusto o con la culpabilidad ha sido motivo de disparidad de opiniones. Actualmente la mayoría de la doctrina entiende, acertadamente, que no es posible determinar una naturaleza común única, más allá del carácter accesorio o accidental, a la totalidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo atender a cada una de las circunstancias contempladas, en el caso de las agravantes, en el art. 22 CP²³. Es por ello que cada circunstancia de manera individualizada podrá conectarse bien con el tipo de injusto y/o bien con la culpabilidad. Porque, por otro lado,

²⁰ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 146. Destaca lo injusto como magnitud graduable, LACRUZ LÓPEZ, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2015, 503-504. Por todas, la STS 492/2016, de 8 de junio, realiza un análisis sobre la mayor o menor gravedad de los hechos en base a ciertos elementos que aumentan o disminuyen la cantidad de injusto (intensidad del dolo o grado de negligencia y circunstancias concurrentes en los hechos) y/o culpabilidad (grado de comprensión del sujeto de la ilicitud de su comportamiento).

²¹ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 346.

²² V. entre otras, SSTS 1168/2002, 19 de junio; 369/2006, de 23 de marzo; 467/2015, de 20 de julio; 282/2018, de 13 de junio; 678/2019, de 23 de enero de 2020.

²³ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 151-152. Sobre la clasificación de las agravantes según su naturaleza, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 650-661.

decantarse por una u otra dependerá de las nociones de culpabilidad e injusto que se manejen²⁴.

Además de las agravantes genéricas del art. 22, el CP prevé agravantes específicas para determinados delitos en la Parte Especial²⁵. La previsión de circunstancias agravantes tanto en la Parte General como en la Parte Especial es una fórmula válida que ha de resultar, en todo caso, compatible con la prohibición *non bis in idem* y con el principio de inherencia²⁶. Así ocurre, por ejemplo, con la alevosía (art. 22.1ª) y el delito de asesinato (art. 139) o con la agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4ª) y los tipos género-específicos (arts. 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 CP).

La aplicación de las circunstancias no puede ser automática, sobre todo de las agravantes, porque suponen aplicar una pena más grave que la mínima reflejada por el legislador. En esta línea debe tenerse en cuenta que habrá que identificar sus elementos objetivos y subjetivos, probándose caso por caso que la concurrencia de ambos consiga causar un mayor atentado al bien jurídico protegido.²⁷ Esto se traduce en que no basta con que el sujeto realice la conducta descrita en el epígrafe correspondiente del art. 22 o concurren las circunstancias que se establezcan en el mismo, sino que se exige que la intención del sujeto activo abarque esas circunstancias para que se le pueda imputar y, por tanto, sancionar con ese incremento punitivo²⁸.

2. La agravante de discriminación del art. 22.4ª CP.

En el año 1995 se introduce por primera vez la agravante de discriminación en el anterior CP (art. 10.17ª CP 1944/1973). Meses más tarde se promulga el vigente CP, en el que se incorpora la discriminación como circunstancia agravante en el art. 22.4ª, en sintonía con la política criminal europea del momento que busca dar una respuesta penal adecuada a

²⁴ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP* 2013, 389. V. para más detalles sobre el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 512.

²⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 516.

²⁶ En las circunstancias modificativas “que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción” (art 67, primer inciso) se produce la denominada *inherencia expresa*. (...) El segundo inciso del art 67 incluye la denominada *inherencia tácita*, producida en los supuestos de circunstancias “de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 515; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 633.

²⁷ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 346.

²⁸ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 154.

la proliferación de fenómenos violentos de origen xenófobo y racista en todo el continente. Durante el debate parlamentario del que acabaría siendo CP, el legislador español aprovechó la ocasión para incluir otros motivos discriminatorios en estrecha relación con el art. 14 CE²⁹.

En su redacción originaria, el art. 22.4^a hacía referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas, por la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. En las sucesivas reformas legislativas el precepto ha ido ampliando el catálogo de motivos discriminatorios; en particular, merece ser mencionada la reforma de 2015, cuando se incorporan las “razones de género”, y la reciente reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, que ha cerrado, por el momento, la enumeración de razones o motivos para la discriminación de las personas. En la actualidad, el art. 22.4^a CP reza de la siguiente manera:

4^a. “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, 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”.

Desde un principio, el art. 22.4^a CP ha sido controvertido en cuanto a su naturaleza y fundamento. La doctrina de corte subjetivista asocia el precepto a los planteamientos del modelo legislativo del “*animus model*” (modelo del ánimo) de los crímenes de odio, en virtud del cual la responsabilidad criminal debe agravarse cuando el odio discriminatorio se convierte en el motivo por el cual el autor comete el delito³⁰.

²⁹ La EM de la LO 10/1995 hace referencia expresa a la lucha contra la discriminación a través de delitos específicos y a través de la circunstancia agravante genérica, aludiendo a la intención del legislador de “avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva.”

³⁰ Sobre este modelo, entre otros, DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, 2013, 59; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, 148; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9^a, 2015, 524; SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal, Parte General: introducción teoría jurídica del delito*, 2^a, 2016, 324; RUEDA MARTÍN, *RECPC* 21-04 (2019), 28.

Frente a esta postura, la doctrina de corte objetivista reclama una necesaria aproximación del art. 22.4^a CP al “*discriminatory selection model*”(modelo de la discriminación selectiva) más acorde a la prohibición de discriminación del art. 14 CE³¹. Para este sector, el fundamento de la agravante no estaría en la motivación del autor, sino en los efectos discriminatorios que dicha motivación proyecta no solo en su víctima, también en el colectivo al que pertenece³². Este planteamiento es lógico desde el momento en que se admite que la discriminación no es una diferenciación en sentido neutro, sino que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual a los miembros de un grupo o colectivo no se les dispensa un trato diferente, sino inferior y, en muchos casos, despectivo³³.

La idea que persigue el presente trabajo es, precisamente, la de interpretar el art. 22.4^a desde la óptica de los efectos sufridos por la víctima, proyectados al mismo tiempo en el colectivo al que pertenece, relegando a un segundo plano la motivación del autor. Este planteamiento es el que nos permitirá objetivar la naturaleza de la agravante desde la razón o factor que aquí se analiza, esto es, la discriminación por razón de género, con el fin dar una respuesta penal adecuada a la discriminación que sufren las mujeres como causa de la estructura social del patriarcado.

Volviendo al planteamiento inicial, la realidad es que parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha decantado por la interpretación subjetiva, otorgando así a los motivos del autor —plasmados en el hecho típico— el papel fundamental para reconocer si concurre o no la agravante en cuestión. En este sentido, DÍAZ LÓPEZ refiere que procede atribuir una mayor responsabilidad a efectos penales a quienes actúan guiados por motivos relacionados con el prejuicio hacia una determinada característica de sus víctimas³⁴. También el TS incide en la necesidad de que el sujeto actúe movido

³¹ En palabras de LAURENZO COPELLO, “la prohibición de discriminar no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino, por el contrario, una medida de tutela adicional que encuentra su razón de ser precisamente en la insuficiencia de aquel principio para garantizar a todos los ciudadanos el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas”. LAURENZO COPELLO, *RECPC* 07-08 (2005), 11.

³² De esta opinión, LAURENZO COPELLO, *EPC* 19 (1996), 281; HORTAL IBARRA, *CPC* 108 (2012), 46; REBOLLO VARGAS, *RGDP* 23 (2015), 25; MAQUEDA ABREU, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, 2017,712; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 6; SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 464; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2021, 542.

³³ REBOLLO VARGAS, *RGDP* 23 (2015), 4.

³⁴ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4^a CP* 2013, 59.

“precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno” y “que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito”. Nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución³⁵. En efecto, la dificultad de tener que probar una específica motivación en los delitos de discriminación puede conducir a la no aplicación de la agravante en muchos casos³⁶. Sobre esta cuestión, y en relación con la violencia de género en particular, indica LAURENZO COPELLO que es absurdo deducir que cada golpe, cada insulto, cada amenaza, deben realizarse con el específico “ánimo de dominar” a la mujer en la situación concreta. Con independencia de las enormes dificultades de prueba que suscita este elemento subjetivo, lo importante es que se trata de una exigencia que nos conduce por el camino equivocado, ya que lo determinante no son los “motivos” que llevan al autor a ejercer la violencia en ese momento concreto, sino el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos propias del patriarcado³⁷.

El *animus model* resulta insuficiente para combatir la discriminación, pues ignora el hecho de que no todos los ciudadanos ocupan la misma posición de partida en la estructura social, así como la existencia de colectivos que en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres de identidad que les son propios –nacionalidad, religión, sexo, etc. – resultan minusvalorados por la cultura dominante, situándose en una posición subordinada en el reparto de roles sociales³⁸. Presume, por tanto, que todos nos relacionamos en iguales condiciones y en consecuencia deberá castigarse a quien comete un delito motivado por el odio a cualquier raza, religión o sexo, sin que el contexto social

³⁵ SSTS 1145/2006, de 23 de noviembre; 585/2012, de 4 de julio; 1037/2013, de 27 de diciembre y 314/2015, de 4 de mayo. El mismo planteamiento en la Circular FGE 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP. La Circular se puede consultar en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771

³⁶ Critica la exigencia probatoria de los motivos discriminatorios DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2021, 541.

³⁷ LAURENZO COPELLO, *EPC* 35, 2015, 819-820. V. para más detalles, un examen de sentencias en las que se ha exigido la prueba de un ánimo machista en los tipos de violencia de género en MAQUEDA ABREU, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, 2017, 703-706.

³⁸ En este sentido, LAURENZO COPELLO, *RECPC* 07-08 (2005), 11.

sea un hecho relevante en la mente del autor. Esto lleva a DÍAZ LÓPEZ a afirmar que la histórica situación de subordinación social de un colectivo es irrelevante para que se aplique el art. 22.4ª CP, porque su fundamento se encuentra en la motivación del autor: el odio discriminatorio hacia esas características de identidad³⁹.

No obstante, la idea de interpretar el art. 22.4ª CP desde las bases del *discriminatory selection model* ha ido cobrando importancia durante los últimos años, aunque su defensa es, aún a día de hoy, minoritaria. Conforme a este modelo, el fundamento de la agravación estaría ligado al reconocimiento de una especial protección a minorías especialmente vulnerables⁴⁰, a través de una sanción penal agravada para los autores que cometen delitos contra miembros de dichos colectivos⁴¹. Desde esta perspectiva debemos entender el art. 22.4ª CP como una manifestación de la prohibición de discriminación que garantiza la igualdad más allá del plano formal⁴², y su exclusiva aplicación a quienes sufren, de facto, la marginación: únicamente cuando el perjudicado por el trato desigual forme parte de alguno de los colectivos desfavorecidos cabrá hablar de un acto de discriminación, porque es la existencia de esos grupos la que da sentido a aquel mandato⁴³.

Con todo ello, el término “motivos” al que alude el art. 22.4ª no impide —sino que solo dificulta— una interpretación que anteponga los efectos sobre el sujeto pasivo a la actitud anímica⁴⁴. No obstante, no siendo esta una interpretación generalmente aceptada, parece conveniente que *de lege ferenda* la regulación del art. 22.4ª se reformule objetivamente

³⁹ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, 2013, 214-215.

⁴⁰ El concepto “minorías” no debe identificarse con inferioridad numérica, sino con la posición desventajosa que ocupan estos colectivos en la estructura comunitaria debido a sus caracteres diferenciales. LAURENZO COPELLO, *JD* 34 (1999), 18.

⁴¹ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP* 2013, 209.

⁴² La EM LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres sirve de ilustración sobre la idea reflejada en el texto: “(II) El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos. Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”.

⁴³ LAURENZO COPELLO, *JD* 34 (1999), 19.

⁴⁴ GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 146.

atendiendo al ataque al interés a ser tratado como igual, dejando de referirse a los motivos del autor⁴⁵.

Desde este planteamiento objetivo, y en relación con el factor de género que aquí nos ocupa, GORDON BENITO señala que lo relevante es probar un contexto en el que el autor simplemente no sea completamente ajeno al impacto de sus actos sobre el colectivo mujer. Nos guiamos así por una conducta, quizás ni tan siquiera intencional en cuanto a sus consecuencias, pero que desemboca en unos hechos perceptibles como el vivo reclamo de dominación y sometimiento de la mujer por el mero hecho de serlo. No se trata de determinar qué es lo que movió su actuar de la forma en que lo hizo, sino de que el efecto socialmente dañino que se proyecta sobre la mujer —y, persona interpuesta mediante, con afección intimidante supraindividual— conserve lazos con patrones culturales trasnochados que no escapan a su conocimiento, sea o no su voluntad⁴⁶. En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO reclama la necesidad de que expresiones como “mujer por ser mujer”, “por su condición de tal”, o “razones de género” deben ser objetivadas consecuentemente, esto es referidas a un *contexto externo, objetivo*, en el que los elementos internos específicos del autor como el odio, el desprecio, u otros sentimientos no tendrían cabida⁴⁷.

Para finalizar, se exponen los siguientes argumentos extraídos de la jurisprudencia del TC sobre la prohibición de discriminación:

1) “El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a

⁴⁵ ALONSO ÁLAMO, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.) /PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 121.

⁴⁶ GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 147.

⁴⁷ ALONSO ÁLAMO, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.) /PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 118.

sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E.”⁴⁸.

2) “No cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual desigualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”⁴⁹.

3) “Una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto”⁵⁰. Este último argumento ha sido uno de los utilizados por el TC para confirmar la constitucionalidad de los delitos específicos de género introducidos en el CP con la LO 1/2004.

3. La inclusión del género como motivo discriminatorio en el art. 22.4ª CP.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce algunas modificaciones en materia de violencia de género con el fin de reforzar la protección penal de sus víctimas.

En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del art. 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio de Estambul, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo⁵¹.

Junto con la agravante genérica, la reforma incluye las razones de género como causa de discriminación en los conocidos como “delitos de odio”; y, por último, la LO 1/2015

⁴⁸ STC 128/1987, de 16 de julio.

⁴⁹ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

⁵⁰ STC 59/2008, de 14 de mayo.

⁵¹ EM LO 1/2015 (XXII).

incorpora al CP dos delitos estrechamente vinculados con la violencia de género (aunque su redacción es neutra o indiferenciada, no se alude a las mujeres como sujetos pasivos), en concreto, los delitos de acoso y de matrimonio forzado, completando así todas las modalidades delictivas en las que se materializan las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres.

En consecuencia, encontramos en nuestro texto punitivo distintas referencias al término “género” (limitando la explicación a los preceptos penales en los que hay una mención expresa). Por un lado, en la Parte General, la agravante del 22.4ª. Por otro lado, en la Parte Especial, los tipos género-específicos de los arts. 148.4ª, 153.1, 171.4 y 172.2 y los “delitos de odio” de los arts. 510, 511, 512 y 607 bis CP.

Lejos de acabar con las discrepancias doctrinales, la incorporación del género al art. 22.4ª ha reavivado el debate sobre el fundamento y naturaleza de la agravante, y dentro de la misma, sobre el fundamento y naturaleza de la discriminación por razón de género en particular.

Más allá de estos dos aspectos, la discriminación por razón de género ha sido cuestionada por un sector de la doctrina que ha calificado su introducción como expresión de una mera reforma simbólica, hasta el punto de llegarse a afirmar no solo que dicho motivo podría considerarse ya incluido en el de discriminación por razón de sexo, sino que, además, el CP ya contenía esta agravación como una circunstancia específica en los considerados “delitos de género”⁵².

Puesto que será objeto de análisis en los siguientes epígrafes no me detendré en esta cuestión, pero sí he de expresar mi desacuerdo con estos autores basándome en los siguientes argumentos:

1) La reforma cumple estrictamente con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, especialmente con la ratificación del Convenio de Estambul, por lo que difícilmente puede calificarse como simbólica. Pese a que España, a diferencia de otros países europeos, ya disponía de una normativa interna en materia de violencia de género

⁵² Sobre los argumentos explicados en el texto, v. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 3. V. también BORJA JIMÉNEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/ MATA LLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 122; MAQUEDA ABREU, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, 2017, 713; RUEDA MARTÍN, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 363.

(LO 1/2004), la CEDAW indicó expresamente que esta norma “no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja”, por lo que instaba a nuestro país a “revisar su legislación sobre violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercitada por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas”⁵³.

2) La introducción del género como agravante genérica desempeña una verdadera función al margen del sexo. Prueba de ello es la escasa referencia jurisprudencial a esta última desde su introducción en 1995, y la sucesiva aplicación que ha tenido la primera desde su incorporación en 2015. Es más, el género se ha convertido, de un tiempo a esta parte, en la categoría más empleada por jueces y tribunales de nuestro país para sostener la agravación de la responsabilidad penal⁵⁴.

3) Mientras que el legislador español no proceda a modificar el art. 1 LO 1/2004 debe entenderse, a efectos jurídico-penales, que el concepto de “violencia de género” se limita a este tipo de violencia, esto es, la que se lleva a cabo por el hombre frente a quien “es o ha sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia”⁵⁵. Es por ello que la inclusión del género como agravante genérica permite ampliar el alcance a numerosas conductas que son “violencia contra las mujeres por razones de género” (homicidios y asesinatos, violencia sexual, maltrato habitual...) más allá de las contempladas en los tipos género-específicos (lesiones, maltrato ocasional, amenazas y coacciones leves), al mismo tiempo que permite rebasar el límite de las relaciones de afectividad⁵⁶.

El debate doctrinal también ha girado en torno a la posible interpretación neutra de la discriminación por razón de género. Así, frente al sector doctrinal que circunscribe la aplicación de la agravante a los casos en los que el autor del delito es un hombre y la víctima una mujer⁵⁷, otros autores consideran que es posible que haya violencia contra un hombre por razón de género, si bien esta deberá consistir en violencia ejercida cuando el sujeto pasivo, hombre, no ajuste su modo de actuación a los papeles, comportamientos,

⁵³ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *IgualdadES* 1 (2019), 175.

⁵⁴ En el mismo sentido GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 121.

⁵⁵ Coincido con la opinión de OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *IgualdadES* 1 (2019), 176.

⁵⁶ De la misma opinión, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *LLP* 150 (2021), 8.

⁵⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 10; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC* 39 (2019), 337; SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 478; GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 138.

actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres⁵⁸. Distinta a las anteriores es la interpretación que defiende MAQUEDA ABREU, quien considera que las “razones de género” podría servir para amparar de manera especial a grupos socialmente excluidos por sus comportamientos antinormativos de género (trabajadorxs sexuales, travestis, *drug queen*...), pues para la protección reforzada de la mujer se puede recurrir a la agravante de discriminación por razón de sexo⁵⁹.

Los jueces y tribunales se han decantado por la primera de las interpretaciones, exigiendo como requisito necesario para la aplicación de la agravante que el sujeto activo sea varón y que el sujeto pasivo sea mujer. El pronunciamiento de la STS 99/2019, de 26 de febrero es un claro ejemplo de ello: “sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los arts. 153.1 , 171.4 , 172-2 y 148.4 del CP nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima (...) La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima (...) del que deriva una discriminación para la mujer”.

4. La agravante de discriminación por razón de género y la LO 1/2004.

4.1. Problemas interpretativos.

Una de las dificultades interpretativas que, sin duda, ha suscitado la incorporación del género al art. 22.4^a CP tiene que ver con la discordancia entre el concepto de violencia de género empleado en el Convenio de Estambul y el de la LO 1/2004.

Mientras que el primero de ellos califica la “violencia contra las mujeres por razones de género como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” (art. 3.d); en sede nacional, el concepto de violencia de género se restringe a “la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre

⁵⁸ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 96. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 5^a, 2015, 386; CUENCA GARCÍA, en: ESPUNY TOMÁS/VALLÈS MUÑO/VELO I FABREGAT (coords.), *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, 2020, 351.

⁵⁹ MAQUEDA ABREU, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, 2017, 714.

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” (art.1 LO 1/2004).

Precisamente, esta falta de coherencia entre las definiciones normativas ha llevado a que parte de la doctrina defienda que, con arreglo a una interpretación teleológico-sistemática, sea obligado circunscribir el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género a la violencia ejercida por un hombre sobre su pareja o ex pareja mujer, tal y como se dispone en el art. 1 LO 1/2004.⁶⁰ Esta misma tesis fue defendida por el TS en su primer pronunciamiento sobre la agravante, sosteniendo que una de sus características esenciales es que “el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja, lo que le atribuye una evidente especificidad” (STS 420/2018, de 25 de septiembre).

En mi opinión, mantener este planteamiento supondría desvirtuar por completo la intención del legislador de 2015, quien justificó el motivo de la reforma en un entendimiento del género conforme al Convenio de Estambul, además de que perpetuaría una situación de consideración de violencia sobre la mujer como una subclase de violencia familiar⁶¹. Limitar la aplicación de la agravante del art. 22.4ª CP a las relaciones de pareja o ex pareja carece de fundamento alguno desde el momento en que se reconoce su relación directa con el Convenio de Estambul, ya que su art. 43, con el fin de guiar la política criminal que deben adoptar los Estados parte, establece que “los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito”⁶².

Desde su segundo pronunciamiento, el TS abandona la tesis reduccionista al establecer que el ámbito de aplicación de la agravante no se concreta de forma exclusiva en las

⁶⁰ RUEDA MARTÍN, *RECPC* 21-04 (2019), 23.

⁶¹ LLORIA GARCÍA, *RGDP* 31 (2019), 12. En palabras de LAURENZO COPELLO, “la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales.” V. para más detalles, LAURENZO COPELLO, *RECPC* 07-08 (2005), 4.

⁶² La misma conclusión se desprende del análisis sobre la aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018 realizado por el Grupo de Expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ: “según la configuración legal de la circunstancia y la interpretación conforme al Convenio de Estambul, debemos concluir que, **en principio, nada impide aplicar la citada circunstancia agravante a todos aquellos hechos delictivos en que el ataque contra los bienes jurídicos de la mujer se cometa por razón de género, con independencia de la vinculación entre el agresor y la víctima.** (Negrita en el original) <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-aplicacion-de-la-agravante-por-razon-de-genero-en-sentencias-dictadas-entre-2016-y-mayo-de-2018>

relaciones de pareja o ex pareja, “sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer”, haciendo referencia expresa al Convenio de Estambul como “germen de la introducción de esta agravante” (STS 565/2018, de 19 de noviembre).

Puesto que las sucesivas sentencias han continuado con la misma línea interpretativa⁶³ podemos concluir que ya es auténtica jurisprudencia y que nada obliga a circunscribir la discriminación por razón de género al ámbito de la pareja o ex pareja, razón de más para considerar obsoleto o superado el concepto de violencia de género diseñado en 2004⁶⁴.

4.2. *El principio de inherencia y la prohibición non bis in idem.*

El principio de inherencia del art. 67 CP impide la aplicación como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las agravantes y/o atenuantes que ya pertenezcan al contenido del hecho típicamente antijurídico, bien porque sean inherentes a la comisión del delito (inherencia tácita), o bien porque ya hubieran sido consideradas en la sanción del mismo (inherencia expresa). Es decir, la intención del legislador es evitar que una misma circunstancia sea tenida en cuenta doblemente, lo que cobra especial relevancia en el caso de las agravantes⁶⁵.

La prohibición *non bis in idem* es la consecuencia material del anterior principio, y se consagra como el impedimento judicial de sancionar doblemente aquellos casos en los que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Ambos principios actuarán como límite a la aplicabilidad de la agravante de discriminación por razón de género, pues su fundamento (como veremos en el siguiente epígrafe) obedece a razones muy similares a las que inspiraron, en su momento, la creación de determinados tipos penales relacionados con el género. Por razones de espacio y porque ha sido una cuestión abordada por los tribunales en incontables sentencias, me centraré en la relación de incompatibilidad entre la agravante del 22.4ª y los tipos agravados por la LO 1/2004, es decir, aquellos en los que expresamente se alude a la mujer como sujeto pasivo del delito⁶⁶.

⁶³ V. SSTS 99/2019, de 26 de febrero; 444/2020, de 14 de septiembre; 571/2020, de 3 de noviembre; 650/2021, de 20 de julio; 23/2022, de 13 de enero.

⁶⁴ V. en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *RECPC* 20-04 (2018), 15 ss.

⁶⁵ Sobre el principio de inherencia del art. 67 CP, v. entre otros muchos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, 2015, 515; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 633.

⁶⁶ Aunque no va a ser objeto de comentario en este trabajo, es preciso advertir que la relación entre la agravante de discriminación por razón de género y determinados tipos delictivos redactados de forma neutra (sin especificar que el sujeto pasivo deba ser mujer), desde la perspectiva del principio de inherencia,

Tal y como ha sido expuesto en la introducción, el legislador de 2004 creó los conocidos como “delitos de violencia de género” agravando la respuesta penal a una serie de conductas que, no tanto por su gravedad, sino por su frecuencia comisiva, eran cometidas por el hombre hacia su pareja o ex pareja mujer. Tales conductas fueron, y siguen siendo:

- Las lesiones que menoscaben la integridad corporal o salud física o mental siempre que las mismas requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.1) cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 148.4º).
- Los malos tratos ocasionales (sin llegar a causar lesión o causando lesión leve) cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 153.1 CP).
- Las amenazas leves a quien sea o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 171.4 CP).
- Las coacciones leves a quien sea o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 172.2 CP).

Como vimos en el anterior apartado, la LO 1/2004 califica estas conductas violentas como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. En el mismo sentido, el TC interpreta que el fundamento de tales agravaciones es “el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”⁶⁷.

Dado que en estos tipos delictivos lo que se está sancionando es una de las expresiones –que no la única– en que se manifiesta la violencia por razón de género, esto es, la violencia sufrida por la mujer en el ámbito doméstico a manos de su cónyuge, ex cónyuge, pareja o ex pareja varón, la discriminación por razón de género es inherente a dichos tipos, por lo que la aplicación de la agravante genérica del art. 22.4ª supondría vulnerar la prohibición *non bis in idem*. En este sentido se pronuncia la SAP de León 35/2016, de

también ha sido objeto de estudio por la doctrina. Concretamente, los delitos de matrimonio forzado, mutilación genital y trata de seres humanos, reconocidos en sede internacional como manifestaciones de la violencia de género, pero no así en nuestro CP.

⁶⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo.

1 de febrero al establecer que la discriminación por razón de género “en algunas infracciones penales debe operar como un elemento del tipo, y en otras como una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal”⁶⁸.

A la luz de lo expuesto, parte de la doctrina se cuestiona la idoneidad de mantener los tipos género-específicos tras la inclusión de la agravante de género en el art. 22.4^a, al entender que parece innecesario mantener vigente un conjunto de figuras agravadas si la agravante, dado su carácter genérico, podría ser aplicada en todos esos supuestos de hecho⁶⁹.

Este planteamiento fue ya defendido en su momento por ACALE SÁNCHEZ⁷⁰ con ocasión de la aprobación de la LO 1/2004. Para esta autora, hubiera bastado con recurrir a los instrumentos con que cuenta el propio CP para agravar la pena, en concreto las agravantes genéricas del art. 22, siendo innecesaria la creación de tipos agravados específicos para sancionar la violencia de género.

5. *La naturaleza jurídica de la agravante. Repaso a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.*

Tal y como expuse con anterioridad, la doctrina mayoritaria ha venido considerando la motivación, entendida como la intención discriminatoria del autor plasmada en el hecho, como eje central de la agravante del art. 22.4^a CP. Ello es coherente con la propia redacción del precepto, que expresamente alude a la comisión del delito por *motivos* racistas, antisemitas etc. No obstante, y pese a ser la posición predominante, voces críticas se han alzado en contra de esta interpretación proponiendo como alternativa a la actual redacción la de “cometer el delito *contra* determinadas personas por razón de su

⁶⁸ Cabe destacar que la sentencia citada omite el art.148.4^o y alude al art.173.2 cuando menciona los tipos delictivos en los que no se puede apreciar la agravante del art.22.4^a por la prohibición *non bis idem*. Efectivamente, el tribunal incurre en un doble error; por un lado, olvida el delito de lesiones agravadas reformado por la LO 1/2004, y, por otro, incluye el delito de maltrato habitual, que, al no estar sancionado como un delito de violencia de género, nada impediría aplicar el art.22.4^a. La jurisprudencia sobre la cuestión mencionada en el texto es muy extensa, por lo que citaré algunas sentencias en las que se hace mención expresa a ella. Entre otras muchas, la STSJ de Canarias 7/2017, de 26 de junio; SAP de Cantabria 204/2018, de 7 de junio y las SSTs 565/2018, de 19 de noviembre; 99/2019, de 26 de febrero y 23/2022, de 13 de enero.

⁶⁹ SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 485.

⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 2006, 41. El mismo planteamiento es desarrollado por la autora en *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 362 y ss.

ideología, etc...”⁷¹, alejando así el foco de los motivos para ponerlo sobre los efectos y que su tenor literal no plantee ninguna duda al respecto.

Pues bien, partir de la motivación como *ratio essendi* condujo a que durante los primeros años de aplicación de la agravante, los jueces y tribunales de nuestro país considerasen que la circunstancia agravante de discriminación por razón de género era de carácter subjetivo, cuyo fundamento se hallaba “en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo por ello decisivo que se acredite la intención de cometer el delito contra la mujer, por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad”⁷².

En su primer pronunciamiento, correspondiente con la ya mencionada STS 420/2018, de 25 de septiembre, el Alto Tribunal acoge el criterio seguido por las distintas AP y TSJ al establecer que “la agravación de la pena es procedente en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta”. Exigiendo en consecuencia que la intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer aparezca “nítidamente en los hechos probados” y que, para ello, estén “debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia”⁷³.

Su siguiente pronunciamiento en la STS 565/2018, de 19 de noviembre continua con el criterio anterior: “la agravante de género prevista en el art. 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo”. Concluyendo que “la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos

⁷¹ V. por todos, LAURENZO COPELLO, *EPC* 19 (1996), 281.

⁷² SAP de Cantabria 204/2018, de 7 de junio, SAP de Madrid 514/2018, de 16 de julio y SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero.

⁷³ El TS concluye que “consta, como hemos dicho, que el acusado le quitó el móvil a la víctima al creer que pudiera estar comunicando con otro hombre; y que en el curso de la agresión manifestó "si no eres mía no eres de nadie". De ambos hechos se desprende, en una valoración razonable, el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto”.

casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad”⁷⁴.

En resumen, de las sentencias anteriores extraemos lo que también ha sido el criterio seguido por la doctrina mayoritaria, que el factor motivacional o los móviles de autor han ganado interés y han logrado teñir la agravante de un cariz eminentemente subjetivo⁷⁵.

Frente a esta posición que, en definitiva, exige un dolo específico para poder apreciar la agravante –la intención de dominación del hombre sobre la mujer– surgen nuevas tesis basadas en la posibilidad de explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro⁷⁶. Una explicación que lleva a entender que el fundamento de la agravante se basa en un incremento del tipo de injusto y, consecuentemente, una naturaleza objetiva de la misma.

El valor “igualdad” –valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico, según el art. 1.1 CE– se lesiona cuando el delito se aprovecha o incide en procesos de victimización social que sufren las mujeres en nuestra sociedad por el hecho de serlo. Esta situación de victimización social de la mujer, que la sitúa, por el mero hecho de serlo, en una posición de inferioridad con respecto del hombre, tiene hondas raíces históricas –por lo demás, sobradamente conocidas– y ha propiciado, desde antiguo, el ejercicio de violencia contra las mujeres⁷⁷. En esta línea se pronuncia ACALE SÁNCHEZ: si se abandona la construcción subjetivista no es precisa la prueba del móvil discriminatorio, sino que basta con mostrar que los hechos se llevan a cabo en un contexto objetivo de discriminación en el que históricamente los hombres han discriminado a las mujeres⁷⁸.

⁷⁴ En este caso la sentencia detalla que “la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación, lo que entiende esta Sala Casacional que está referido a una conducta propia de dominación y machismo”.

⁷⁵ Así lo destaca GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 138.

⁷⁶ LAURENZO COPELLO, *EPC* 19 (1996), 281. En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, *RGDP* 23 (2015), 25; ALONSO ÁLAMO, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 108.

⁷⁷ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC* 39 (2019), 335.

⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 361. De la misma opinión, FARALDO CABANA, en: *Libro homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista (Vol.II)*, 2021, 1387.

La finalidad pretendida por este sector de la doctrina no es otra que la objetivación de la agravante desde una interpretación que anteponga los efectos a la motivación, o dicho de otro modo, la motivación subjetiva del autor ha de quedar relegada a un segundo plano, siendo lo relevante la peligrosidad objetiva que su conducta pueda generar⁷⁹. Así, GORDON BENITO apunta que este primer encuentro normativo entre el género, entendido conforme al Convenio de Estambul, y los delitos de odio, debería servir como palanca de cambio para que se abra sin miedo la senda de la objetivación de unos hechos que, por su propia idiosincrasia, merecen en abstracto ese mayor desvalor⁸⁰. Del mismo modo, ALONSO ÁLAMO sostiene que discriminación por razones de género no es igual a motivos discriminatorios por razones de género: la fórmula “discriminación... referente a razones de género” es una fórmula, pensamos, construida objetivamente⁸¹.

Este planteamiento ha sido incorporado a la jurisprudencia del Supremo desde su sentencia 99/2019, de 26 de febrero, en la cual abandona la interpretación subjetiva de la agravante que había mantenido hasta entonces para conferirle un fundamento puramente objetivo, muy cercano a la doctrina consolidada sobre el art. 153.1 CP⁸². De esta forma establece que, cuando el delito se cometa en el ámbito de una relación de pareja o ex pareja, aún sin convivencia, se entenderá que la discriminación hacia la mujer deriva del propio contexto de la relación de afectividad; mientras que “para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal”⁸³.

⁷⁹ SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 471.

⁸⁰ GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 147.

⁸¹ ALONSO ÁLAMO, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 111.

⁸² Tras años de debate jurisprudencial sobre la exigencia o no de probar un ánimo de dominar o humillar a la víctima mujer para la aplicación del art. 153.1 CP, la STS 677/2018, de 20 de diciembre consolida la aplicación automática del precepto sin necesidad de probar un dolo específico de dominación. “En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/ o circunstancias del tipo delictivo.” Lo anterior es igualmente predicable en los casos de riña mutua, pues, aunque los dos miembros de la pareja se lesionen mutuamente, ello “no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, y tampoco a la inversa”.

⁸³ El TS concluye a partir de los hechos probados que “es evidente que tal escenario y comportamiento implican objetivamente la situación de machismo origen de discriminación fruto de la cual son los actos atribuidos al acusado, relación y asimétrico estatuto que sin duda les constaba y que resultaron funcionales para el objetivo delictivo de su voluntad de agredir a la víctima con menoscabo de su libertad sexual (...) No era necesario proclamar una específica voluntad de reafirmar su hegemónica prevalencia, ni otro dato fáctico, o subjetivo diverso de los que tal relato deja constancia acreditada”.

Las sucesivas sentencias dictadas desde 2019 hasta la actualidad⁸⁴ han mantenido esta última corriente interpretativa, por lo que, respecto a su aplicación, finalmente podemos concluir que procederá cuando el delito cometido constituya una manifestación de discriminación a la víctima por el hecho de ser mujer o, dicho de otra forma, cuando constituya una manifestación de la posición de superioridad que al hombre –sujeto activo– le otorga la situación de victimización social que la mujer –sujeto pasivo padece, situación de la que su conducta delictiva se aprovecha y en la que repercute⁸⁵.

Pese a la remisión que el TS hace a la doctrina construida alrededor del art. 153.1 CP cuando la agravante es de aplicación a los casos en los que existe o ha existido una relación de pareja (donde la constatación de la relación de pareja da lugar a la aplicación automática del delito de género específico), lo cierto es que la agravante genérica de discriminación por razón de género nunca tendrá una aplicación automática. En el plano objetivo deberá probarse caso por caso la situación de dominación o la asimetría entre varón-agresor y mujer-víctima⁸⁶, y en lo referente al plano subjetivo, la consciencia de la relación que une a víctima y agresor, así como la voluntad de cometer el delito base correspondiente⁸⁷; pero, y esto es lo que merece ser destacado, ya no se va a exigir que la actuación del sujeto esté guiada o motivada por la específica intención de discriminar o minusvalorar a la víctima-mujer, o dicho de otro modo, el móvil abyecto del autor deja de ser un elemento subjetivo requerido para la aplicación del art. 22.4ª CP.

6. *El sexo y el género como causas de agravación.*

Actualmente, podemos dar por consolidada la idea de que el *sexo* es el resultado de una sucesión compleja de elementos y acontecimientos fundamentalmente biológicos (elementos sexuales) que, engarzados gradualmente, definen al ser humano como hombre o mujer (bajo una concepción binarista); mientras que el *género* engloba un conjunto de características sociales y culturales históricamente construidas que se atribuyen a las personas en función de su sexo. Hace referencia a las conductas, a lo que

⁸⁴ SSTs 444/2020, de 14 de septiembre; 571/2020, de 3 de noviembre y 23/2022, de 13 de enero, entre otras.

⁸⁵ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC* 39 (2019), 337.

⁸⁶ GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 141. El mismo planteamiento, pero sobre la agravante de sexo, REBOLLO VARGAS, *RGDP* 23 (2015), 23.

⁸⁷ GORDON BENITO, *RDPC* 24 (2020), 142. La STSJ de Madrid 77/2020, de 28 de febrero, ilustra muy bien esta idea, pues argumentando precisamente que la aplicación de la agravante no puede ser automática y que el dolo (genérico) del autor debe abarcar la concurrencia de la misma, revoca la aplicación de la agravante de actuar por razón de género que la sentencia de instancia había estimado concurrente.

se espera de ellas por haber nacido con un pene o una vagina (sexo de asignación), y es producto de la socialización⁸⁸.

El debate sexo-género se incorporó a nuestra realidad legislativa durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004. A pesar del rechazo inicial que suscitó la expresión “violencia de género”⁸⁹, este término se ha consolidado en nuestra legislación (aunque no sin dificultades) como fenómeno independiente al sexo para identificar y poner nombre a la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

Así, el sexo, como concepto estrictamente biológico, y el género, como concepto cultural, podrán dar lugar a acciones discriminatorias distintas. Esta conclusión fue una de las utilizadas por el TC para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación al art. 153.1 CP en su STC 59/2008, de 14 de mayo: “como el término ‘género’ que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

Si bien ha quedado acreditado que el sexo y el género obedecen a realidades distintas, también es indudable que ambos conceptos están relacionados⁹⁰, pues la construcción cultural que atribuye los roles propios de hombres y de mujeres discrimina al sexo femenino y, entre otras causas, por las características físicas y las funciones naturales que tiene la mujer⁹¹. Llegados a este punto debemos plantearnos cómo se conectan ambas categorías en el ámbito de agravación de la pena.

⁸⁸ Definiciones extraídas del *Glosario de términos sobre diversidad afectivo sexual. Plan Nacional sobre el Sida*, MSSSI, 2018. Se puede consultar en <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/GlosarioDiversidad.pdf>.

⁸⁹ V. al respecto, RAE, *Informe sobre la expresión Violencia de Género*. Accesible en <https://www.uv.es/ivorra/documentos/Genero.htm>.

⁹⁰ Con ello me refiero a la tradicional relación entre hombre-masculino y mujer-femenino, sin olvidar que existen muchas otras identidades de género fuera de este esquema binario pero que, sin duda, su abordaje excedería y dificultaría el objeto del presente trabajo.

⁹¹ V. entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 11.

Con anterioridad a la incorporación del género al art. 22.4ª CP, la referencia al sexo contenida en el mismo precepto era entendida por parte de la doctrina en términos parecidos a cómo hoy entendemos el género. Dicho en otras palabras, a falta de una mención específica y expresa al género, la referencia al sexo servía para explicar la discriminación hacia la mujer por el hecho de ser mujer. Así, LAURENZO COPELLO sostenía que un acto perjudicial para una mujer por el solo hecho de pertenecer a ese sexo deberá calificarse de discriminatorio, sin que pueda alcanzarse el mismo resultado en el caso contrario, esto es, cuando sea un hombre el destinatario del trato desigual respecto de las mujeres⁹².

No obstante, la mayoría de la doctrina se inclinaba por interpretar el sexo en términos de paridad, debiendo aplicar la agravante a quien cometiera un delito motivado por el odio discriminatorio a la condición biológica de hombre o mujer. Dicho de otra manera: a supuestos de delitos misóginos o de aquéllos motivados por el odio al sexo masculino⁹³. Tras la introducción del género en el art. 22.4ª CP, con mención diferenciada entre sexo y género, la mayor parte de los autores sigue considerando que la discriminación por razón de sexo tiene una vocación neutra, es decir, protege tanto a hombres como a mujeres⁹⁴, planteamiento que también ha sido acogido por la jurisprudencia. En este sentido, es particularmente ilustrativo el pronunciamiento de la STSJ de la Comunidad Valenciana 72/2018, de 29 de junio: “podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales)”⁹⁵.

En contraposición, otros autores sostienen que la agravante por razón de sexo se refiere fundamentalmente a las mujeres como colectivo discriminado⁹⁶ sin hacer distinción entre motivaciones misóginas o machistas, por lo que cuando la víctima sea mujer, la agravante de sexo perderá ampliamente su aplicación en favor de la de género⁹⁷. Para este sector doctrinal no hay auténtica diferenciación entre sexo y género, a lo sumo, la mención

⁹² LAURENZO COPELLO, *JD* 34 (1999), 19.

⁹³ V. más ampliamente, DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, 2013, 298.

⁹⁴ Entre otros, BORJA JIMÉNEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 122; REBOLLO VARGAS, *RGDP* 23 (2015), 17; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 8.

⁹⁵ En el mismo sentido, la STS 420/2018, de 25 de septiembre.

⁹⁶ SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 478.

⁹⁷ SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC* 39 (2019), 480.

expresa del género en el art. 22.4ª CP sirve para aplicar más claramente la circunstancia agravante desde el momento en que sí se ha construido toda una teoría sobre la violencia contra la mujer por razón de género⁹⁸.

Lo que importa destacar es que, aun siendo conceptos íntimamente vinculados, es el género, y no el sexo, el que permite etiquetar la violencia que sufren las mujeres como causa y a la vez consecuencia de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. El concepto de género (...) forma parte de todo un instrumental conceptual y de un conjunto de argumentos construidos desde hace ya tres siglos y cuyo objetivo ha sido poner de manifiesto la subordinación de las mujeres, explicar las causas de la misma y elaborar acciones políticas orientadas a desactivar los mecanismos de esa discriminación⁹⁹.

Es por ello que la agravante de género facilita sancionar el componente machista presente en numerosos delitos cometidos por el varón sobre la mujer que la agravante de sexo no permitía apreciar. En este sentido, PARRILLA VERGARA defiende que la inclusión de la agravante de género ha sido positiva, en tanto permite evidenciar la diferencia existente entre género y sexo, amparando la aplicación de una circunstancia agravante en todos los supuestos en los que cualquier tipología delictiva es cometida en el marco de actitudes machistas, las cuales atentan *ultima ratio* contra la dignidad de la víctima y mujer¹⁰⁰.

7. La compatibilidad del género con la circunstancia mixta de parentesco.

En virtud del art. 23 CP, el parentesco es considerado, a efectos penales, como una circunstancia que agrava o atenúa la responsabilidad criminal según la naturaleza (bien

⁹⁸ De la opinión de que la violencia contra la mujer “por razón de sexo” y “por razón de género” son sinónimas, RUEDA MARTÍN, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 362-363.

⁹⁹ V. por todos, COBO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, 2008, 55.

¹⁰⁰ PARRILLA VERGARA, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 68. Es curioso el razonamiento de la STS 571/2020, de 3 de noviembre: “la agravante (de género) se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad, esto es, el autor pretende hacer patente la relación de inferioridad que se predica de la mujer por parte de aquél, el maltratador; este aspecto le diferencia de la agravante de sexo, en donde la discriminación es lo que justifica la mayor antijuridicidad de la acción, al realizarse una postergación por razón de sexo. Aquí no hay propiamente discriminación por razón de género, sino dominación de género, que es algo completamente diferente”.

jurídico afectado), los motivos (móviles del autor) y los efectos (más allá del propio resultado típico) del delito cometido.

Son dos los elementos que fundamentan el parentesco como circunstancia mixta modificativa de la responsabilidad criminal: uno de carácter objetivo, esto es, la existencia de las concretas relaciones que exige el precepto, y otro subjetivo, consistente en que el ofensor tenga conocimiento de la efectiva relación que le une al agraviado¹⁰¹.

En cuanto a su aplicación, por lo general se estima que tiene carácter de agravante en los delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, mientras que tiene carácter atenuante en los delitos contra el patrimonio¹⁰². No obstante, la mera existencia del vínculo entre el sujeto activo y el pasivo no obliga a atribuirle efecto atenuatorio o agravatorio alguno, por lo que la circunstancia no es de apreciación obligada, sino que queda al libre arbitrio del juzgador¹⁰³.

Si bien inicialmente el parentesco, en el ámbito de las relaciones de afectividad, abarcaba única y exclusivamente las relaciones conyugales o análogas actuales, a partir de la reforma del CP operada por la LO 11/2003 se amplía el alcance también a las relaciones pasadas. “Así, el legislador objetivó la circunstancia y minimizó, hasta anular, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio”¹⁰⁴.

¹⁰¹ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 349. En el mismo sentido, entre otros, BIELSA CORELLA, *La circunstancia mixta de parentesco en el CP español: actualizada a la LO 5/2010*, 2014, 151-152; LACRUZ LÓPEZ, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2015, 531-532.

¹⁰² Planteamiento ampliamente sostenido por la doctrina. Entre otros, LACRUZ LÓPEZ, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2015, 532; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 662.

¹⁰³ Por todos, MENDOZA BUERGO, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2021, 570. Cabe destacar que la STS 147/2022, de 17 de febrero, establece respecto a la agravante de parentesco, que “su apreciación no queda confiada al arbitrio del juzgador. Si concurren sus elementos es de obligada aplicación.” Dado que se trata de un pronunciamiento muy reciente en el tiempo, no podemos concluir, al menos por el momento, que estemos ante un nuevo cambio de criterio en la aplicación del art. 23 CP.

¹⁰⁴ STS 663/2013, de 23 de julio. Ha de tenerse en cuenta que, en muchas ocasiones, la violencia de género se manifiesta una vez rota la pareja, por esta razón ha sido necesario ampliar la aplicación de los delitos de género-específicos, o la agravante de parentesco, cuando las relaciones de pareja o matrimoniales ya se han roto.

La incorporación del género como agravante genérica ha hecho dudar sobre su compatibilidad con el parentesco en aquellos casos en los que agresor y víctima están o han estado unidos por una relación sentimental en los términos del art. 23 CP.

Tanto la jurisprudencia menor como la del TS han mantenido el criterio prácticamente unánime de compatibilidad entre ambas agravantes por entender que su fundamento es distinto, sin incurrir, por tanto, en la prohibición *non bis in idem*¹⁰⁵.

Por un lado, el parentesco exige el carácter estable de la relación —presente o pasada— especialmente marcado por la convivencia¹⁰⁶; es más, en el art. 23 CP no se ha previsto la posibilidad de aplicar la circunstancia cuando falte la convivencia entre el autor y la víctima, algo que sí se ha previsto en los delitos específicos de género. El plus de gravedad se hallaría en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas¹⁰⁷, no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer imposible la aplicación de la agravante¹⁰⁸. En este sentido, basta con que las personas objetivamente emparentadas no se comporten como extraños, en cumplimiento de los deberes objetivos —alimentos— y subjetivos —respeto, afecto— que les impone el CC¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A modo de ejemplo, la STSJ de Canarias 7/2017, de 26 de junio; SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero; SSTS 565/2018, de 19 de noviembre; 254/2019, de 21 de mayo y 571/2020. No obstante, durante los primeros años de aplicación de la agravante de género encontramos algún pronunciamiento como el de la STSJ de la Comunidad Valenciana 72/2018, de 29 de junio en el que se niega la compatibilidad de ambas agravantes por entender que responden a un mismo fundamento.

¹⁰⁶ En la jurisprudencia más reciente del TS puede apreciarse que se aplica la circunstancia mixta de parentesco en su condición de agravante a las relaciones de análoga efectividad, en supuestos de relaciones dotadas de cierta estabilidad y con convivencia “more uxorio”, al menos parcial. Por ejemplo STS 1053/2009, de 22 de octubre (convivencia “more uxorio”, durante varios años, que la víctima quería finalizar); STS 436/2011, de 13 de mayo, (relación sentimental estable durante años, con convivencia los últimos cinco meses); STS 792/2011, de 8 de julio, (utilización de un domicilio común durante aproximadamente seis meses); STS 972/2012, de 3 de diciembre, (relación afectiva consolidada, con convivencia durante varios años); STS 59/2013, de 1 de febrero, (relación de pareja estable, de una duración superior a tres años); STS 838/2014, de 12 de diciembre, (convivencia como pareja de hecho, durante varios meses, cometiéndose el delito en la intimidad del domicilio de la pareja); STS 547/2015, de 6 de octubre (convivencia los fines de semana, y delito cometido en la vivienda común). V. la STS 81/2021, de 2 de febrero.

¹⁰⁷ SSTS 421/2006, de 4 de abril; 1010/2012, de 21 de diciembre; 565/2018, de 19 de noviembre. Sobre este fundamento v. también, SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal, Parte General: introducción teoría jurídica del delito*, 2ª, 2016, 328.

¹⁰⁸ STSS 1421/2005, de 30 de noviembre; 162/2009, de 12 de febrero; 792/2011, de 8 de julio; 610/2016, de 7 de julio; 56/2018, de 1 de febrero. V. para más detalles, la evolución legislativa y jurisprudencial sobre el fundamento de la circunstancia de parentesco como agravante, BIELSA CORELLA, *La circunstancia mixta de parentesco en el CP español: actualizada a la LO 5/2010*, 2014, 133 ss.; MENDOZA BUERGO, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2021, 574-575.

¹⁰⁹ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 351.

Por otro lado, como se ha explicado anteriormente, la agravante de discriminación por razón de género exige una relación desigual entre agresor-varón y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal, sin que dicha relación sea equiparada a la de parentesco¹¹⁰. Recordemos además que el Convenio de Estambul sanciona la violencia contra la mujer con independencia de la relación existente entre autor y víctima.

El debate sobre la compatibilidad o incompatibilidad de ambas agravantes también se ha trasladado a la doctrina. Así, frente a un sector que defiende la compatibilidad de ambas circunstancias basándose en los mismos argumentos utilizados por los tribunales¹¹¹, otro sector entiende que ambas circunstancias son incompatibles por obedecer a un idéntico fundamento. Para estos autores, la violencia que se ejerce sobre la mujer en el ámbito doméstico o familiar por parte de quien es o ha sido su cónyuge o pareja sentimental es una expresión, entre otras, de la violencia sobre la mujer por razones de género. En consecuencia, al tratarse de dos circunstancias que no pueden concurrir, necesariamente deberá aplicarse la agravante genérica de discriminación por razón de género en virtud del principio de especialidad reconocido en el art. 8.1ª CP¹¹².

Desde mi punto de vista, coincido con el criterio seguido por la jurisprudencia y por el primer sector de la doctrina señalado, y considero que es posible apreciar por separado el *plus* de gravedad que lleva aparejado una y otra agravante. Pensemos en un ejemplo para ilustrarlo mejor: un marido que agrede sexualmente a su esposa por considerarla un mero objeto de placer o reproductivo de su posesión. La conducta podría encajar en un patrón histórico y cultural que posiciona a las mujeres en el blanco de la violencia sexual cometida por los hombres y que sin duda afecta a estas de manera desproporcionada, por lo que sería de aplicación la agravante de haber cometido el delito por razones de género; pero es que además la agresión sexual ha recaído sobre la mujer que está unida al agresor por un vínculo de parentesco conyugal, transgrediendo el deber de respeto mutuo y el

¹¹⁰ Así se declara en la STS 99/2019, de 26 de febrero.

¹¹¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC* 20-27 (2018), 16; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC* 39 (2019), 344; VIDALES RODRÍGUEZ, *RGDP* 32 (2019), 14 ss.; MENDOZA BUERGO, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2021, 578.

¹¹² De esta opinión, BORJA JIMÉNEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 121; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS. *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, 2019, 217-218.

resto de deberes morales que se presumen en dicha relación, siendo también aplicable la agravante de parentesco por esta razón.

Finalmente, es importante destacar que en virtud de las reglas del art. 66.1.3ª CP, la aplicación simultánea de ambas agravantes conlleva imponer la pena en su mitad superior (siempre, claro está, que no concurran en los hechos más circunstancias modificativas), por lo que a efectos penológicos, el resultado de apreciar una o ambas circunstancias será el mismo.

III. SEGUNDA PARTE. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

1. Datos estadísticos.

En cumplimiento de las obligaciones del art. 11 del Convenio de Estambul, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género incluye entre sus múltiples medidas la de “realizar estudios, desde la DGVG, sobre el alcance y tipología de la violencia sexual”¹¹³.

La recogida de datos con el fin de conocer con exactitud la incidencia de la violencia sexual es un primer paso fundamental para abordar cualquier estrategia dirigida a la prevención y protección de las víctimas de esta modalidad de violencia de género. Las macroencuestas de violencia contra la mujer elaboradas cada cuatro años por la DGVG arrojan unas cifras realmente alarmantes en lo que a violencia sexual se refiere. De la última de ellas (2019)¹¹⁴ se desprende que:

- Del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 8,9% ha sufrido violencia sexual de alguna pareja actual o pasada en algún momento de su vida (lo que se traduce en 1.810.948 mujeres). El porcentaje de mujeres de 16 o más años violadas en algún momento de sus vidas por parejas o exparejas es del 7,5%.

- El 6,5% manifiesta haber sufrido violencia sexual en algún momento de su vida de alguna persona con la que no mantiene ni ha mantenido una relación de pareja (1.322.052 mujeres).

¹¹³ CONGRESO+SENADO. *Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*, 2019 <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>.

¹¹⁴ DGVG. *Macroencuesta de violencia contra la mujer*, 2019 <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>.

- Un 2,2% del total de mujeres de 16 o más años ha sido violada alguna vez en su vida (453.371 mujeres).

Los datos estadísticos también reflejan cual es la modalidad de violencia sexual que prevalece según sea cometida en el entorno de la pareja o fuera de él. Así, en el primero de los casos “la situación que se ha dado más frecuentemente es la de que la pareja la haya obligado a mantener relaciones sexuales cuando la mujer entrevistada no quería (6,7% de las mujeres que han tenido pareja), porcentaje al que le siguen el de mujeres a las que su pareja les ha tocado sus partes íntimas – genitales o pecho – o les ha realizado algún otro tipo de tocamiento de tipo sexual cuando ellas no querían (5,4%), y el de mujeres que han mantenido relaciones sexuales sin desearlo porque tenían miedo de lo que su pareja les podría hacer si se negaban (5,2%)”; mientras que en el segundo, “la forma de violencia sexual más mencionada son los tocamientos a la mujer (los citan el 70,5% de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual), seguidos de los intentos de violación (39,2%)”.

Asimismo, se recogen datos sobre dos circunstancias especialmente preocupantes para el sentir de la sociedad actual: la violencia sexual bajo la influencia de alcohol y drogas y las violaciones grupales. Así, “el 0,9% de las mujeres de 16 o más años afirman haber sido violadas cuando estaban bajo los efectos del alcohol o las drogas (suponen el 13,7% de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual)”; y “el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja manifiesta que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona, porcentaje que asciende al 17,3% entre las mujeres que han sufrido una violación”.

En cuanto al sexo del agresor, en el caso de las parejas, “el 98,8% de las mujeres afirma que fueron solo hombres, el 0,8% que fueron solo mujeres, y el 0,3% que fueron tanto hombres como mujeres”. En el caso de personas ajenas, “el 98,4% de las mujeres entrevistadas afirma que el agresor o agresores fueron exclusivamente hombres. El número de casos de agresoras mujeres en la muestra es demasiado pequeño para hacer inferencia estadística y puede considerarse nulo. Si se agregan los casos en los que el agresor o agresores fueron solo hombres con aquellos casos en los que participaron en la agresión tanto hombres como mujeres, se obtiene que el 99,6% de las mujeres que han sufrido violencia sexual experimentaron ésta por parte de un agresor hombre”.

Si bien los anteriores datos nos permiten conocer la realidad material de la violencia sexual sufrida por las mujeres en España, pues se desprenden directamente de las

experiencias narradas por las entrevistadas –hayan sido denunciadas o no– a continuación, veremos cómo se traslada esta realidad material a la realidad jurídica, esto es, los casos que han sido enjuiciados y sentenciados. En concreto nos centraremos en el Estudio sobre sentencias del TS dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual¹¹⁵, lo que, unido a los datos extraídos de la Macroencuesta de 2019, nos permitirá extraer conclusiones sólidas dada su inmediata proximidad temporal.

Entre las principales conclusiones de este estudio destaca que un “93,8% de delitos fueron cometidos por varones frente a un 6,2% cometidos por mujeres. Igualmente, las víctimas fueron mayoritariamente mujeres (88 de 106, esto es un 83%)”.

Esa abrumadora diferencia refuerza y abunda en la idea de la conceptualización de la violencia sexual como violencia sobre la mujer y fundamento diferenciado de cualquier otro tipo de violencia. Conclusión que necesariamente debe quedar relacionada con el concepto amplio (vulneración de los derechos humanos) de violencia sobre la mujer que ofrece el Convenio de Estambul.

Como factor de vulnerabilidad concurrente en los hechos este estudio destaca que “el 66,7% de los supuestos fueron cometidos bajo influencia de alcohol y/o drogas”. Asimismo, se destaca que “un 15% de los delitos contra la libertad sexual se han cometido con dos o más personas, lo que supone una cifra cercana a 1 de cada 6, una cifra preocupante, y que se detecta que va en ascenso, con una entidad preocupante ante la gravedad del fenómeno de la violación grupal”.

En cuanto a la relación autor/a-víctima, “solo el 15,4% de los casos se da en el entorno de la pareja o expareja”, lo que choca con los datos de la Macroencuesta que recogía un mayor número de mujeres víctimas de violencia sexual cometida por la pareja o expareja que de mujeres víctimas agredidas por personas ajenas a este vínculo.

Una tercera fuente de datos estadísticos es el Informe del Ministerio del Interior sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual¹¹⁶. El último de ellos, correspondiente al año 2020, establece que “respecto a la distribución por sexo de las víctimas, se muestra

¹¹⁵ OVDG. *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*, 2021 <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Estudio-sobre-sentencias-del-Tribunal-Supremo-dictadas-en-2020-por-delitos-contr-la-libertad-sexual>.

¹¹⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, 2020 <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:5cf7f0d9-b3a4-4767-8942-1a9c23e60212/INFORME%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20LIBERTAD%20E%20INDEMNIDAD%20SEXUAL%202020.pdf>.

una proporción extremadamente alta de mujeres comparativamente con el de los hombres”. A modo de ejemplo, el número de víctimas masculinas de abuso sexual y agresión sexual es de 827 y 148, respectivamente; mientras que el de víctimas femeninas es de 4.853 y 1.456. El porcentaje de hombres víctimas de delitos sexuales es del 15%, frente al 85% en el caso de las mujeres.

Respecto a la distribución por sexo de los responsables, a diferencia de lo que ocurría en victimizaciones “se muestra una proporción extremadamente alta de hombres comparativamente con el de mujeres, con la excepción de los delitos relativos a la prostitución en las que las proporciones no muestran la diferencia tan acusada como en el resto”. Siguiendo el mismo esquema, el número de mujeres responsables de abuso y agresión sexual es de 77 y 22, respectivamente; mientras que el de hombres es de 3.370 y 1.064. El porcentaje de mujeres agresoras es del 3%, frente al 97% en el caso de los hombres.

En cuanto a las agresiones grupales, el Informe concluye que “paralelo al decrecimiento que han experimentado los delitos sexuales en el año 2020¹¹⁷, ha descendido cuantitativamente el número de hechos cometidos por dos o más responsables para las tipologías penales de agresiones sexuales y abusos sexuales (ambas con y sin penetración). A pesar de este decremento cuantitativo, en términos proporcionales (%), han visto aumentada su importancia sobre el total de hechos conocidos de la misma catalogación penal las agresiones sexuales. Como norma general, las agresiones sexuales (con y sin penetración), reflejan un porcentaje mayor de participación de dos o más autores que los abusos sexuales (con y sin penetración)”.

2. La violencia sexual de género.

A la vista de la información aportada en el epígrafe anterior queda constancia y se demuestra que se puede identificar con autonomía propia la violencia sexual de género, siendo necesario entrar a definir con cierta exactitud este concepto, así como los hechos y conductas que se engloban en él.

La expresión violencia sexual, tradicionalmente, se ha identificado en el Derecho Penal con el delito de agresión sexual, regulado en los arts.178 y 179 CP, el cual requiere, como

¹¹⁷ Es importante tener en cuenta que tras el aumento en los últimos años de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, durante el año 2020 se ha producido un descenso como consecuencia de la situación generada por la pandemia de la Covid-19.

es sabido, el atentado contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación. Sin embargo, este término adquiere otro significado cuando se vincula a la violencia de género¹¹⁸. De esta manera, la violencia sexual de género contra las mujeres adultas se caracteriza ya no porque esa violencia afecte directamente a la libertad sexual de las mujeres, sino porque el control sobre el ejercicio de ese derecho fundamental es el objetivo que persigue el agresor¹¹⁹.

Tal y como señala la OMS, la violencia sexual comprende una gran diversidad de actos, por lo que ha de ser interpretada en sentido amplio como “cualquier acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito”¹²⁰. Además de los atentados contra la libertad sexual en sentido estricto (agresión, violación y abuso sexual), el concepto de violencia sexual engloba conductas tan diversas como la prostitución, la explotación sexual lucrativa, la pornografía infantil, la trata de personas con fines de explotación sexual, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el aborto no consentido, la esterilización forzosa, las inspecciones realizadas a mujeres para comprobar su virginidad, realizar comentarios o insinuaciones sexuales no deseadas, el acoso sexual... Incluso se llega a considerar como actos de violencia sexual la coacción a otro para no utilizar métodos anticonceptivos con el fin de protegerse contra enfermedades de transmisión sexual o para evitar un embarazo. Como se ve, la violencia sexual afecta a otros bienes jurídicos distintos de la libertad e indemnidad sexuales, en concreto, la integridad física y moral, la intimidad, la dignidad humana y la libertad personal¹²¹. Es importante señalar que estas conductas pueden darse *en cualquier ámbito*, por lo que cualquier acto sexual realizado sin el consentimiento de la pareja también será considerado como violencia sexual¹²².

¹¹⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *LLP* 150 (2021), 3.

¹¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 221.

¹²⁰ OMS, *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*, 2002. http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43431/9275324220_spa.pdf;jsessionid=CFBE8F8EC414A5902365A935FBCFB506?sequence=1 OMS. *Violencia contra la mujer*, 2021. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>.

¹²¹ V. para más detalles sobre las conductas que constituyen violencia sexual, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *LLP* 150 (2021), 3 ss. También ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 19 ss.

¹²² A día de hoy, el débito conyugal entendido como el deber de la mujer y el derecho del marido a tener relaciones sexuales está plenamente desterrado en nuestra jurisprudencia (ya desde la década de los 80 del siglo pasado). V. por todos, el planteamiento de la STS 254/2019, de 21 de mayo. No obstante, la prevalencia de la violencia sexual en la pareja es muy elevada. La OMS alerta de que “en todo el mundo, casi un tercio (27%) de las mujeres de 15 a 49 años que han estado en una relación informan haber sufrido

El andamiaje común sobre el que se levanta el concepto de violencia sexual de género contra las mujeres adultas no es otro que la existencia ancestral de una estructura patriarcal en virtud de la cual los hombres han detentado desde siempre el control de la vida, de la libertad y de la autonomía de las mujeres con las que se relacionan personal, laboral o familiarmente¹²³. De esta forma, cuando un hombre agrede sexualmente a la mujer con la que mantiene una relación de pareja, está poniendo de manifiesto simplemente que el papel activo en el ámbito de ese tipo de relaciones le corresponde a él. También cuando un hombre agrede sexualmente a la mujer con la que se cruza por la calle o cuando se dirige a ella en términos ofensivos y agresivos, reclamando su atención e involucrándola en un contexto sexual no deseado, está poniendo de manifiesto que la calle es un lugar propio para ellos y que las mujeres que se atreven a usurpárselo corren riesgos de ser victimizadas¹²⁴. En todas estas situaciones se involucra a la víctima en un contexto sexual ideado por el autor, aunque él, en el momento de la comisión del delito, más que sentir un placer sexual, sienta el placer del dominio inherente a las situaciones de discriminación por razón de género¹²⁵. Discriminación que, por otro lado, ha sido fomentada históricamente por el propio ordenamiento jurídico. De este modo, la ley penal ha sido puesta al servicio del patriarcado para conseguir el objetivo de negar la dignidad personal de las mujeres, estereotipando de forma interesada una determinada imagen femenina a la que protegía más que como persona, por ser madre, esposa o hija, y a la que castigaba duramente si con su comportamiento incumplía los patrones de género establecidos¹²⁶.

algún tipo de violencia física y /o sexual por su pareja.” OMS. *Violencia contra la mujer*, 2021. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>. Asimismo, el 8,9% de mujeres de 16 o más años residentes en España afirma haber sufrido violencia sexual de alguna pareja actual o pasada en algún momento de su vida. *Macroencuesta de violencia contra la mujer*, 2019. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>. A ello se suma que el 2,6% de españoles (no se especifica el sexo de los encuestados) cree que es aceptable obligar a la pareja a mantener relaciones sexuales no deseadas en algunas circunstancias. DGVG. *Percepción social de la violencia sexual: principales resultados*, 2018. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/estudio/Libro25_Violencia_Sexual.htm.

¹²³ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 20.

¹²⁴ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 25-26.

¹²⁵ ACALE SÁNCHEZ, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 80.

¹²⁶ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 124. El mismo planteamiento lo encontramos en la STS 344/2019, de 4 de julio: “Tal y como ha afirmado la doctrina más destacada los llamados delitos sexuales

Pese a ello, nuestro legislador no ha optado por incluir el género de forma específica en ninguno de los tipos contemplados en el Título VIII del Libro II del CP, tal y como hizo tras la aprobación de la LO 1/2004 en los delitos de lesiones (art. 148.4º), maltrato (art. 153.1), amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves (art. 172.2)¹²⁷.

A falta de una regulación específica de género en los delitos contra la libertad sexual, el CP cuenta con dos agravantes genéricas que bien pueden ser aplicadas en este ámbito: la de parentesco (para los casos de violencia sexual en la pareja o expareja) y la de discriminación por razón de género (aplicable a cualquier atentado contra la libertad sexual de una mujer que sea reflejo del contexto de dominación patriarcal)¹²⁸.

Esta última es, sin duda, la herramienta idónea para dar respuesta a la gravedad de la violencia sexual de género. En este sentido, no podemos dejar de insistir en la necesidad de no volver a caer en la interpretación subjetiva que caracterizó la aplicación de esta agravante hasta la STS 99/2019, de 26 de febrero, pues solo así podremos centrar la atención en lo realmente importante: que la violencia sexual de género es una manifestación histórica y objetiva de la discriminación del hombre hacia la mujer¹²⁹. En palabras de MARCO FRANCIA, es necesario alcanzar un nivel de formación exigente sobre el fenómeno de la violencia de género y afrontarlo con estrategias principalmente

han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres”.

¹²⁷ Una de las razones por las que la doctrina cree que el legislador no ha optado por sexualizar la letra de los delitos tipificados en el Título VIII es precisamente la lenta evolución que había sufrido nuestro CP en esta materia. En apretada síntesis, hasta la reforma de 1989 del anterior CP, el bien jurídico protegido en los delitos sexuales había sido la honestidad de la mujer y no la libertad sexual de todos. El sujeto pasivo de estos delitos solo podía ser una mujer, ya que únicamente se contemplaba como violación el coito por vía vaginal. Con la entrada en vigor en 1995 del actual CP se consolida la idea de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de hombres y mujeres (algo que se había materializado en la reforma de 1989) y se crea la división de las conductas constitutivas de agresiones sexuales y abusos sexuales, aún vigente en la actualidad. Como se ha indicado en el texto, ninguna de las reformas posteriores ha introducido en nuestro CP mención alguna al género, algo que parece que cambiará en un futuro inmediato, pues la reforma de los delitos sexuales que a día de hoy está en curso de tramitación, introduce como circunstancia agravante que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Más extensamente, sobre la evolución histórica de la regulación de los delitos sexuales en el CP español, ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 123 ss.

¹²⁸ Por ejemplo, se condena por delitos contra la libertad sexual con la agravante del 22.4ª en la SAP de Cuenca 4/2018, de 6 de febrero y en las SSTS 444/2020, de 14 de septiembre y 650/2021, de 20 de julio; con la agravante del 22.4ª junto con la de parentesco en la SAP de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo. En contra de que sea suficiente con la previsión de estas dos circunstancias agravantes, FARALDO CABANA, en: *Libro homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista (Vol.II)*, 2021, 1383 ss.

¹²⁹ La OMS advierte de que la desigualdad de género y la aceptabilidad normativa de la violencia contra la mujer son causas profundas de este problema, y cita como factor asociado a la perpetración de violencia sexual las ideologías que consagran privilegios sexuales del hombre. OMS. *Violencia contra la mujer*, 2021. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>.

educativas, que abarquen a todos los operadores de la Justicia. La perspectiva de género debe entrar de lleno en nuestros juzgados y tribunales, no por obligación, sino por convicción de su necesidad¹³⁰.

3. “*No es abuso, es violación.*” *Entre el prevalimiento y la intimidación.*

7 de julio de 2016. La violación grupal de cinco hombres a una joven de 18 años en la madrugada de los Sanfermines de Pamplona conmociona a la sociedad española. Sin saberlo en aquel entonces, el caso conocido hoy por todos como *La Manada* contribuiría de forma decisiva a una nueva iniciativa de reforma del CP en materia de delitos sexuales.

El primer pronunciamiento judicial sobre los hechos llegó con la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, en la que los acusados fueron condenados por cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 y 4 CP a nueve años de prisión. A este siguió el de la STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre, en la cual se mantuvo la misma calificación jurídica, pero fue merecedora de un voto particular en el que por primera vez los hechos fueron calificados de violación, concurriendo las agravantes del art. 180.1.1ª (violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio) y 2ª (actuación conjunta de dos o más personas). El pronunciamiento definitivo llegó con la STS 344/2019, de 4 de julio, que en la misma línea que el voto particular mencionado consideró que los hechos se desarrollaron en un clima de intimidación ambiental y no de prevalimiento, procediendo condenar a cada uno de los acusados por un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a la pena de quince años de prisión¹³¹.

Lo cierto es que la calificación jurídica de los hechos pudo ser desde un principio la de violación y no la de abuso sexual en base a la actual regulación de los delitos contra la

¹³⁰ MARCO FRANCIA, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 328.

¹³¹ La sentencia determina que “la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones (...) En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento (...) Sin que el relato de hechos describa situación alguna previa de prevalimiento, por lo que en definitiva el mismo es inexistente”.

libertad sexual, pero, sin duda, la cuestión de que hasta dos tribunales calificaran como prevalimiento y no como intimidación las circunstancias en que se desarrollaron los hechos probados pone de manifiesto que la regulación actual del CP protege menos a las víctimas de delitos sexuales que no han sido capaces de oponer una resistencia activa ni de huir¹³², pues, ante su pasividad o silencio, es más probable que los tribunales condenen por un delito de abuso sexual, o incluso que absuelvan al acusado porque se considere que sí ha habido consentimiento. Es hora de acabar con la interpretación judicial del silencio y la falta de oposición activa como una forma de manifestar el consentimiento válido y de excluir en todo caso la apreciación de un delito de agresión sexual¹³³.

El caso de *La Manada* no ha sido el único, ni mucho menos, en el que se ha debatido la calificación jurídica de los hechos entrando a valorar si ha habido intimidación (agresión sexual) o prevalimiento de una situación de superioridad (abuso sexual). Así, la STS 769/2015, de 15 diciembre reconoce que “la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada”; interpretándose como “sutil” dicha línea divisoria en la STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.

Este es el gran problema que suscita nuestro CP: que de esa “sutil” diferencia depende la gran consecuencia de que cambie sustancialmente la calificación jurídica de los

¹³² ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 25.

¹³³ ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 26; MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 118. En este sentido es particularmente ilustrativo el voto particular emitido por uno de los magistrados en la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo: “No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando (...) el modo en que se dirigen a ella a mí me sugiere que todos creen que ella participa con ellos en lo que están haciendo (...), en ninguna de las imágenes percibo en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar (...) lo que me sugieren sus gestos, expresiones y los sonidos que emite es excitación sexual (...) la falta de consentimiento no está patente ni en las expresiones, ni en los sonidos, ni en las actitudes que observo en los vídeos por lo que a la mujer respecta”. Por el contrario, la STS 344/2019, de 4 de julio entiende que “en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa”.

hechos¹³⁴. No obstante, RAMÓN RIBAS sostiene que, aunque difícil, no es imposible establecer un límite entre ambas figuras. Entre el delito de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta y el delito de agresión sexual intimidatoria existe, por tanto, una línea continua en la que a partir de determinada altura desaparece el primero y emerge el segundo¹³⁵.

Tampoco podemos dejar de señalar que el concepto de intimidación ambiental no era ninguna novedad en 2018, sino que tenía ya un largo recorrido en la jurisprudencia del TS. A modo de ejemplo, las SSTs 744/2004, de 14 de junio; 1291/2005, de 8 de noviembre; 1142/2009, de 24 de noviembre y 786/2017, de 30 de noviembre. Todas ellas versan sobre agresiones sexuales cometidas por una pluralidad de varones, y en todas ellas se establece que “la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario” y que “la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”. Sobre estas bases cuesta entender que la AP de Navarra apreciara como prevalimiento lo que en el *factum* de la sentencia califica de “atmósfera coactiva”, encontrándose la denunciante “repentinamente en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión” ante lo cual “se sintió impresionada y sin capacidad de reacción”, limitándose a adoptar “una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera , manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”.

Llegados a este punto, quizás deberíamos haber empezado por definir qué se entiende por intimidación y prevalimiento. La doctrina concibe la intimidación típica como la fuerza psíquica moral, *vis compulsiva*, exteriorizada con el propósito de causar un mal sobre el sujeto pasivo o personas vinculadas a él y, consecuentemente, *doblega la voluntad de la víctima*¹³⁶. Se trata, en definitiva, del anuncio expreso o tácito de un mal

¹³⁴ ACALE SÁNCHEZ. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 222-223. JERICÓ OJER, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 310.

¹³⁵ RAMÓN RIBAS, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 147.

¹³⁶ V. por todos, MONGE FERNÁNDEZ, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 350. La misma autora en “*Las Manadas*” y *su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, 2020, 87.

serio, inminente y grave y para su delimitación se deberán tener en cuenta el carácter objetivo de la amenaza o el mal, pero también las circunstancias subjetivas de la víctima¹³⁷.

La doctrina consolidada del TS exige, por un lado, que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, y por otro, que sea suficiente, dadas las circunstancias concurrentes, para someter o suprimir la voluntad de resistencia de la víctima. En ningún caso se requiere que la intimidación sea de tal grado que resulte irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física¹³⁸.

En cuanto al prevalimiento, debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación¹³⁹. La superioridad a que se refiere el art. 181.3 CP no es la que intimida al sujeto pasivo hasta el punto de doblegar su voluntad, sino la que le conduce a formarla conforme a los deseos de su agresor¹⁴⁰. Ello se traduce en que en los abusos sexuales sí hay consentimiento, aunque, por estar viciado, no es válido jurídico-penalmente.

La jurisprudencia exige que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente (“manifiesta”), es decir, objetivamente apreciable y no solo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea “eficaz”, es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. El prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de

¹³⁷ V. para más detalles, RAMÓN RIBAS, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 152 y ss.; JERICÓ OJER, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, 310.

¹³⁸ V. entre otras muchas, SSTS 914/2008, de 22 de diciembre; 609/2013, de 10 de julio; 9/2016, de 21 de enero; 282/2019, de 30 de mayo.

¹³⁹ SSTS 1518/2001, de 14 de septiembre; 542/2013, de 20 de mayo; 675/2016 de 22 de julio; 654/2021, de 23 de julio.

¹⁴⁰ V. entre otros muchos, CUERDA ARNAU, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 131. Para más detalles sobre la figura de abuso con prevalimiento, MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 252 ss.

ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea esta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta¹⁴¹.

La diferencia entre ambas figuras vendría dada porque en la intimidación lo que se produce es la anulación, a través de una coacción psíquica, de la voluntad de la víctima y con ello su capacidad de decidir libremente; mientras que el prevalimiento, según la doctrina del TS, “es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente”.¹⁴² En estos términos, la STS 344/2019, de 4 julio establece que “es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada. En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada”¹⁴³.

Sin embargo, entender el prevalimiento como una intimidación menor o de segundo grado¹⁴⁴ pone de relieve las dificultades que existen para su apreciación, que dependen lógicamente de la prueba de la existencia de la intimidación o del prevalimiento, lo que es lo mismo que decir que la calificación como abuso o agresión depende de la intensidad con la que se aprecie la intimidación¹⁴⁵.

Todo lo comentado hasta aquí no tiene otra finalidad que poner de manifiesto que la tajante separación entre los delitos de agresiones y abusos sexuales se sustenta en un elemento tan poco sólido como el prevalimiento, que muta en intimidación según una

¹⁴¹ SSTS 568/2006, de 19 de mayo; 608/2015, de 20 de octubre.

¹⁴² Entre otras, STSS 305/2013, de 12 de abril; 542/2013, de 20 de mayo.

¹⁴³ Para más detalles sobre la diferencia entre ambas figuras en los considerados como “contextos intimidatorios difusos”, v. MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 94 ss.

¹⁴⁴ Más extensamente sobre los grados de intimidación en RAMÓN RIBAS, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 147 y ss.

¹⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 226; MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 100.

cantidad de matices que muchas veces no son si quiera controlados dolosamente por el autor¹⁴⁶. Tal como se expondrá a continuación, este argumento es, precisamente, uno de los elegidos para justificar la reforma de los delitos sexuales: lo importante en la regulación penal del delito sexual es que se produce un ataque a la libertad sexual de la víctima desde el momento en que esta no consiente, siendo irrelevante la forma o medio por el cual se ve afectado dicho consentimiento.

4. *Hacia la perspectiva de género en los delitos sexuales: “Solo sí es sí”.*

El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual¹⁴⁷, conocida popularmente como la Ley del “Solo sí es sí”, augura un cambio de paradigma en la actual regulación de los delitos sexuales. La nueva reforma no solo recoge el testigo de la fuerte indignación que despertó el caso de *La Manada*, sino que se suma al resto de países europeos que han adaptado su legislación penal a las previsiones del Convenio de Estambul en materia de violencia sexual.

El legislador ha optado por el enfoque de ley integral, tal y como hizo en su momento con la LO 1/2004¹⁴⁸. En la EM se declara que el objeto de la ley es la protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales, cuyas víctimas principales son las mujeres, las niñas y los niños. Por violencias sexuales se entenderá cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital, y comprenderá los delitos previstos en el Título VIII del Libro II del CP, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual y la trata con fines

¹⁴⁶ Así lo señala ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 227.

¹⁴⁷ Actualmente el Proyecto se encuentra en fase de tramitación. El texto sobre el que se ha basado el presente trabajo es la versión aprobada por el Congreso de los Diputados, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF. No obstante, es importante señalar que, a escasos días de escribirse estas líneas, el Senado ha formulado una propuesta de veto a dicho texto, que puede consultarse en: https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_351_3184.PDF.

¹⁴⁸ En este sentido, creo que es de gran interés la postura de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *LLP* 150 (2021), 9 ss. quien critica que no es adecuado, desde el punto de vista técnico, crear una nueva ley integral que solo aborde las violencias sexuales de género. En su lugar propone modificar la actual LO 1/2004 con el fin de incorporar todas las conductas de violencia de género que afectan a las mujeres, tanto en su ámbito privado como en el público, lo que incluye, sin ninguna duda, la violencia sexual. También el CGPJ se muestra crítico con la técnica de ley integral escogida, aludiendo a que la concurrencia normativa con la LO 1/2004 produce efectos no deseables en virtud del principio de seguridad jurídica. V. para más detalles, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual*, 2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>.

de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

La ley prevé la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, con el fin de prevenir y sancionar las violencias sexuales desde un enfoque de género, integral e interdisciplinar.¹⁴⁹ El refuerzo de la investigación y recogida de datos, la sensibilización de la ciudadanía a través de la educación, medios de comunicación y publicidad, la formación de los distintos profesionales involucrados y una mayor garantía de derechos, tanto de asistencia como de reparación, para las víctimas de estas violencias son algunas de sus principales medidas.

En lo que respecta al ámbito penal, la ley introduce cambios de suma importancia en la regulación de los delitos contra la libertad sexual. A continuación, se analizarán los aspectos clave sobre los que pivota la reforma, centrando la explicación, por razones de espacio, en la regulación de las víctimas de 16 o más años. De la nueva redacción del art. 178 CP se desprenden las siguientes conclusiones:

1ª. Desaparece la frontera entre agresiones sexuales (con violencia o intimidación) y abusos sexuales (sin consentimiento), poniendo en el centro la falta de consentimiento como elemento definidor y desplazando a los medios instrumentales utilizados por el autor para conseguir el acto sexual deseado, esto es, la violencia, la intimidación, el prevalimiento o el abuso de determinadas circunstancias, a un plano secundario, en el que se convierten en elementos auxiliares¹⁵⁰. Consecuencia de lo anterior, el nuevo delito de violación del art. 179 abarcará las conductas de los actuales abusos sexuales con penetración de los arts. 181.4 y 182.2 CP.

Parte de la doctrina penal se muestra a favor de este cambio, aludiendo principalmente a que la nueva tipificación atenuará los problemas probatorios suscitados por la actual

¹⁴⁹ El diseño de políticas públicas adecuadas venía siendo reclamado con anterioridad al Proyecto, pues “la erradicación de la violencia sexual no puede lograrse sin abordar las actitudes sociales que la toleran o justifican debido a que existe una estrecha relación entre el nivel de aceptación de la violencia sexual y la prevalencia de esta forma de violencia.” DGVG, *Percepción social de la violencia sexual: principales resultados*, 2018. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/estudio/Libro25_Violencia_Sexual.htm.

¹⁵⁰ ACALE SÁNCHEZ, en: LEÓN ALAPONT (dir.), *Temas clave de Derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España*, 2021, 77. La misma autora en *IgualdadES* 5 (2021), 473; MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 281.

regulación, evitando, en consecuencia, la victimización secundaria¹⁵¹. Además, de esta forma la legislación española se adecua a la definición de violencia sexual de la normativa internacional, que no distingue entre actos realizados *sin consentimiento* y actos realizados *contra la voluntad* de la víctima¹⁵².

No obstante, otro sector de la doctrina se muestra crítico con estos argumentos pues consideran, por un lado, que si bien es cierto que con la redefinición de todo atentado sexual como agresión sexual, indiferentemente de la forma en que se produce este hecho, se alcanzará mayor seguridad jurídica, se está dando como constatado que la discrepancia en la interpretación de la intimidación y el prevalimiento es generalizada, es decir, la reforma parte de la hipótesis equivocada de que lo que ha sucedido en algunos casos mediáticos es la regla general¹⁵³. Por otro lado, basar la unificación de las agresiones y abusos sexuales en la necesidad de cumplir con el Convenio de Estambul carece de sentido, pues en ningún momento el citado Convenio impide diferenciar entre las diferentes modalidades de atentado contra la libertad sexual¹⁵⁴.

2ª. Definición legal del consentimiento sexual: “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Nuevamente, parte de la doctrina acoge esta idea basándose en la adecuación de nuestro CP a los mandatos del Convenio de Estambul, cuyo art. 36.2 establece que “el

¹⁵¹ MONGE FERNÁNDEZ, “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, 2020, 290; ACALE SÁNCHEZ, *IgualdadES* 5 (2021), 483. Me remito al anterior epígrafe sobre la explicación de la diferencia entre intimidación y prevalimiento y sus dificultades interpretativas.

¹⁵² FARALDO CABANA/RAMÓN RIBAS, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 290. En particular, la EM del Proyecto alude a que, con la unificación como agresión sexual de todas las conductas, España cumple con las obligaciones asumidas con la ratificación del Convenio de Estambul. Igualmente, el informe GREVIO 2020 “valora positivamente los esfuerzos legislativos en curso encaminados a eliminar los delitos actuales de violación y el delito de abuso sexual al objeto de reforzar el significado de violación como sexo sin consentimiento”. Para más detalle sobre este informe, consúltese en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/home.htm>. La STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso MC. contra Bulgaria, ya afirmaba que “en el Derecho Penal Internacional se ha reconocido recientemente que la fuerza no es un elemento de la violación” y que “cualquier penetración sexual sin el consentimiento de la víctima constituye una violación. Dicho consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado del libre albedrío de la persona, evaluado en el contexto de las circunstancias”. (Fragmentos traducidos del original).

¹⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 548-549.

¹⁵⁴ Así lo afirma DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 21 (2019), 6.

consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. En este sentido, no es necesario que la víctima consienta de palabra, de forma concluyente e inequívoca, sino que basta con que lo haga con la normal espontaneidad del sexo consentido¹⁵⁵. Los partidarios de incluir una definición legal de consentimiento sexual argumentan que pondrá fin a una construcción jurisprudencial que en numerosas ocasiones ha interpretado el consentimiento con marcados sesgos de género, especialmente en lo relativo al silencio y la pasividad como forma de consentimiento tácito¹⁵⁶. En palabras de ACALE SÁNCHEZ, se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica, algo que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no debe ser despreciado¹⁵⁷.

En sentido opuesto, los críticos de la reforma argumentan que la actual regulación de los delitos de agresiones y abusos sexuales ya toma como eje central el consentimiento del sujeto pasivo, junto con la conducta sexual que se realiza sin su consentimiento¹⁵⁸. Lo que a mayores hace el CP en la actualidad es establecer una graduación de la pena dependiendo de la manera en que se lleva a cabo el acto sexual sin consentimiento de la víctima, considerando más grave el acto sexual en el que se utiliza violencia o intimidación¹⁵⁹. Siguiendo este planteamiento, la mención expresa al consentimiento no introduce ninguna novedad, si acaso puede considerarse como una cláusula de valor simbólico. Otro argumento señalado es que el consentimiento debe ser objeto de prueba fundamental en el proceso, prueba que debe recaer necesariamente en la acusación, en virtud del principio de presunción de inocencia. Por esta razón, procesalmente hablando,

¹⁵⁵ ACALE SÁNCHEZ, *IgualdadES* 5, 2021, 475. El primer texto del Proyecto que se dio a conocer en 2020 contenía una definición de consentimiento en términos negativos: “se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.” Esta definición fue objeto de crítica por numerosos sectores de la doctrina, incluso por los propios partidarios de la reforma. V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 565 ss.

¹⁵⁶ Por todas, FARALDO CABANA/RAMÓN RIBAS, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 289.

¹⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, *IgualdadES* 5 (2021), 477.

¹⁵⁸ Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 552.

¹⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 561.

se ha de partir de la hipótesis de que no se ha cometido un delito sexual mientras no se pruebe lo contrario¹⁶⁰.

3ª. El legislador introduce un subtipo atenuado en el apartado 3 en el que faculta al órgano sentenciador (siempre que no concurran las circunstancias del art. 180) para imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Esta cláusula atenuadora parece ser el punto de inflexión a las críticas que pudieran suscitarse por la equiparación penológica de las conductas que actualmente consisten en agresiones sexuales o abusos sexuales, vulnerando el principio de proporcionalidad¹⁶¹. Para un sector de la doctrina, la vaguedad de los términos empleados por el legislador podría hacernos pensar que estamos ante una distinción similar a la actual, aunque más insegura¹⁶². Es más, se llega a considerar que la introducción de esta figura privilegiada es un reconocimiento implícito de los excesos regulatorios en los que se ha caído, y un intento de paliarlos sin renunciar a los efectos expresivos buscados sobre la sociedad¹⁶³.

La reforma también realiza cambios en el catálogo de circunstancias agravantes del art. 180.1 CP. Aquí se expondrán las que tienen más relevancia para el objeto del trabajo: que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia (4ª) y que para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (7ª).

La primera de ellas obedece al mismo fundamento que alumbró los tipos reformados por la LO 1/2004, es decir, el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como

¹⁶⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 550.

¹⁶¹ Especialmente crítico con la elevación de las penas DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 21 (2019), 21 ss. En el mismo sentido, CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual*, 2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>.

¹⁶² Para más detalle sobre esta postura, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 21 (2019), 27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, 562 ss.

¹⁶³ Así lo entiende DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 21 (2019), 27.

manifestación de una grave y arraigada desigualdad¹⁶⁴. En este sentido, FARALDO CABANA defiende que el fundamento de la agravación aplicable al varón pareja o expareja de la víctima tiene que ver con el género, pero ello no debe suponer la exigencia de que se compruebe “una efectiva dominación de género”¹⁶⁵. En sentido contrario, DÍEZ RIPOLLÉS rechaza la idea de apreciar como agravante automática toda acción sexual no consentida en la pareja, sosteniendo que dicha agravación a salvo de que concurren otras circunstancias agravantes ya previstas, estará justificada solo cuando ese intercambio sexual se realice en un claro contexto de dominación de un miembro de la pareja, por lo general el hombre, sobre el otro, generalmente la mujer¹⁶⁶. Por su parte, el Consejo Fiscal propone suprimir esta circunstancia y reconducirla a lo dispuesto en la circunstancia 5ª (prevalerse de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima), o bien que la misma se vea ampliada a todos los supuestos de parentesco de la circunstancia 5ª¹⁶⁷.

En cuanto a la sumisión química, la nueva ley ofrece un tratamiento penológico a la altura de las circunstancias, que, a diferencia de los anteriores puntos, no ha despertado discrepancias entre la doctrina. La reforma operada por la LO 5/2010 introdujo la consideración como abusos sexuales no consentidos los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. En un futuro inmediato esta circunstancia será considerada como agravante, lo que permitirá distinguir aquellos supuestos en los que el autor aproveche que la víctima tiene anulada por cualquier causa su voluntad para agredirla sexualmente (tipo básico de agresión sexual o de violación, dependiendo de la conducta sexual) de aquellos en los que sea el propio autor quien suministrando las sustancias indicadas anule la voluntad de la víctima con idéntico fin (tipo agravado aplicable a la agresión sexual o a la violación). En palabras de ACALE SÁNCHEZ, el desvalor no puede ser idéntico en los casos en los que los sujetos suministren a la víctima

¹⁶⁴ Así lo justificó el TC en STC 59/2008, de 14 de mayo para resolver la cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 CP.

¹⁶⁵ Remite al fundamento objetivo de los tipos género-específicos, FARALDO CABANA, en: *Libro homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista (Vol.II)*, 2021,1380.

¹⁶⁶ Remite al fundamento de la agravante de discriminación por razón de género del 22.4, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC* 21 (2019), 20.

¹⁶⁷ CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2020. <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcbb83a>.

una sustancia que la va a convertir en una muñeca hinchable durante un rato, o que se aprovechen del estado en el que se encontraba la víctima. En efecto, desde el punto de vista del desvalor de acción de la conducta, parece necesario pues distinguir aquellos supuestos en los que el autor se aprovecha de una situación de falta de capacidad de acción por parte de la víctima, de aquellos otros en los que esa situación haya sido precisamente creada por el autor. En este sentido, si bien en ambos casos falta el consentimiento de la víctima, si además de aprovecharse, se genera la situación, la pena debe ser superior¹⁶⁸.

Respecto a la actuación conjunta de dos o más personas (1ª), la unificación de las agresiones y abusos sexuales hará que deje de ser de aplicación exclusiva a los supuestos en que hubiese mediado violencia o intimidación, por lo que cualquier atentado contra la libertad sexual de la víctima cometido por una pluralidad de autores será, en todo caso, objeto de agravación.

La inminente reforma del CP es, sin duda, un gran avance en el entendimiento de la violencia sexual desde un enfoque de género.

Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada.¹⁶⁹ En consecuencia, por mucho que se mejore la protección penal de un bien jurídico, si a la par no se adoptan medidas que apunten a modificar estereotipos, prejuicios sociales y pensamientos que permiten socialmente la repetición de estas conductas, no se habrá contribuido realmente a solventar el problema de la violencia sexual.¹⁷⁰ En especial, es de vital importancia la mejora en la formación en materia de género de los miembros de la judicatura, en la medida en que por muchas leyes que incorporen la perspectiva de género a nuestro ordenamiento, si quienes tienen que leerlas padecen una miopía de género galopante, poco se habrá avanzado en la eliminación de los resortes culturales que mantienen vivo el machismo en la sociedad del siglo XXI¹⁷¹.

¹⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 420-421.

¹⁶⁹ Así se justifica en la EM del Proyecto.

¹⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, 29.

¹⁷¹ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, 2019, 35.

CONCLUSIONES

PRIMERA PARTE. A la luz del análisis realizado se comprueba que las principales dificultades en el recorrido de la agravante de discriminación por razón de género han sido:

a) Su configuración inicial como circunstancia de naturaleza subjetiva que aumentaba la culpabilidad del sujeto. Ello provocó que, durante años, los tribunales exigiesen para su aplicación la prueba de un ánimo de dominación o discriminación hacia la mujer añadido al dolo genérico del autor. Tal forma de interpretar la agravante dificultaba enormemente su aplicación al caso concreto.

b) La delimitación de su ámbito de aplicación al concepto cerrado de violencia de género de la LO 1/2004, lo que provocaba que, una vez más, se desprotegiera a las mujeres víctimas que no fuesen pareja o ex pareja del autor, incumpliendo además las disposiciones del Convenio de Estambul.

Desde el entendimiento actual de la agravante como una circunstancia objetiva, capaz de ser aplicada a cualquier delito cometido contra una mujer por el hecho de serlo, y, por lo tanto, con efectos discriminatorios también para todo el colectivo de mujeres, considero que se trata del instrumento jurídico idóneo para dar respuesta penal a la gravedad de la violencia de género. Para su apreciación deberá probarse, caso por caso, la situación de dominación o la asimetría entre varón-agresor y mujer-víctima (elemento objetivo), así como la consciencia de la relación que une a víctima y agresor, unido a la voluntad de cometer el delito correspondiente (elemento subjetivo). En este sentido, debe darse por superado tanto el concepto de violencia de género acuñado en 2004, como la necesidad de mantener las agravantes específicas de género en los delitos de lesiones, maltrato, amenazas y coacciones leves. Además, dado que la agravante del art. 22.4^a no es de aplicación automática, también se acabaría con las críticas sobre el automatismo en la aplicación de los tipos de género específicos.

Por otro lado, considero que la incorporación del género al elenco de agravantes genéricas no puede ser catalogada de mero simbolismo. En este sentido, la agravante de sexo carecía de aplicación práctica y su fundamento, basado en caracteres biológicos, no abarcaba la razón de ser de la violencia contra las mujeres, de origen cultural. Asimismo, considero que tanto la agravante de sexo como la de género hacen referencia a las mujeres como colectivo discriminado, por lo que la discriminación por razón de sexo queda

subsumida en la discriminación por razón de género, ya que los estereotipos asociados al género femenino derivan, en gran parte, del ideario social construido alrededor de las características físicas y funciones biológicas de la mujer.

Respecto a su conexión con la agravante de parentesco, opino que son circunstancias basadas en razones bien distintas y, por lo tanto, su aplicación conjunta no vulnera la prohibición *non bis in idem*.

SEGUNDA PARTE. Partiendo de los datos estadísticos expuestos se debe concluir que, efectivamente, el género es un factor determinante en la violencia sexual. A la vista del alto porcentaje de casos en los que la víctima es una mujer se constata que la violencia sexual es una forma de ejercer violencia contra las mujeres por razones de género, pues afecta a estas de manera desproporcionada.

Está claro que el Derecho Penal no puede ser el instrumento sobre el que recaiga la necesaria tarea de reforzar la concienciación social, pero sí considero que la manera de legislar debe contribuir a ello. En este sentido, valoro favorablemente la unificación de los abusos y agresiones sexuales, en tanto que acabará con la artificiosa separación entre la intimidación y el prevalimiento que, en numerosos casos, ha calificado como abuso sexual lo que a ojos del Derecho Penal Internacional es una violación. Del mismo modo, valoro positivamente la introducción de una definición expresa de consentimiento en sintonía con el Convenio de Estambul. Aunque la regulación actual ya se basa en la ausencia de consentimiento, aportar una definición legal garantizará una mayor seguridad jurídica, especialmente al acotar la interpretación judicial que, en numerosos casos, ha sido claramente discriminatoria para la mujer. No obstante, considero que la agravante de discriminación por razón de género es una herramienta eficaz para sancionar la gravedad de la violencia sexual de género, razón por la que no sería necesario incorporar una agravante específica cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Es verdad que la lucha contra la violencia sexual no puede depender en exclusiva de una herramienta como el Derecho Penal, pero también lo es que, sin perspectiva de género, el Derecho Penal no sirve a las mujeres. Además de en la legislación, el foco debe ser puesto en la formación de letrados, fiscales, jueces y magistrados, pues solo así podrá garantizarse una adecuada protección a las víctimas, evitar en gran medida la victimización secundaria durante el proceso judicial y ofrecer soluciones más justas.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

- *Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género*, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 71-102.

- *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Reus, Madrid, 2019.

- *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género*, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 215-254.

- *La reforma del delito de agresiones sexuales: un apunte relevante en nuestra agenda política*, en: LEÓN ALAPONT (dir.), *Temas clave de Derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España*, J.M. Bosch, 2021, 59-88.

- *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*, en: *IgualdadES 5* (2021), 467-485.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa*, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 91-129.

ÁLVAREZ, Silvina: *Teorías feministas de la investigación jurídica*, en: LARIGUET (Comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Brujas, Córdoba-Argentina, 2016, 103-112.

AÑÓN ROIG, María José/MERINO-SANCHO, Víctor M. *El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral*, en: *AIS*, Vol. 7, Nº 1 (2019), 67-95.

BIELSA CORELLA, María del Carmen. *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español: actualizada a la LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BOCG. *Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, 2021, en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF

- *Propuestas de veto al Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, 2022, en: <https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG D 14 351 3184.PDF>

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *La circunstancia agravante de discriminación del art.22.4ª*, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 119-123.

CGPJ. *Análisis aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018*, 2018, en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-aplicacion-de-la-agravante-por-razon-de-genero-en-sentencias-dictadas-entre-2016-y-mayo-de-2018>

- *Informe sobre el Anteproyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual*, 2021, en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

COBO, Rosa: *El género en las Ciencias Sociales*, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 49-59.

CONGRESO+SENADO. *Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*, 2019, en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>

CONSEJO FISCAL. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2020, en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcbb83a>

CUENCA GARCÍA, María José: *Ámbito de aplicación de la nueva circunstancia agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 CP): análisis doctrinal y jurisprudencial*, en: ESPUNY TOMÁS/VALLÈS MUÑO/VELO I FABREGAT

(coords.), *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, Dykinson, Madrid, 2020, 329-351.

CUERDA ARNAU, María Luisa: *Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.) /RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 103-132.

DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*, 12ª, Cátedra, Madrid, 2018.

DGVG. *Percepción social de la violencia sexual: principales resultados*, 2018, en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/estudio/Libro25_Violencia_Sexual.htm

- *Macroencuesta de violencia contra la mujer*, 2019, en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>

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

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/TRAPERO BARREALES, María A. *¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?*, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, 545-570.

DÍEZ REPOLLÉS, José Luis. *Alegato contra un derecho penal sexual identitario*, en: RECPC 21 (2019), 1-29.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Circunstancias agravantes y mixta de parentesco*, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, 525-578.

FARALDO CABANA, Patricia/ACALE SÁNCHEZ, María: *Presentación*, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.) /RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 11-29.

- FARALDO CABANA, Patricia/RAMÓN RIBAS, Eduardo. *La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España*, en:

FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.) /RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 247-296.

- FARALDO CABANA, Patricia. *La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima*, en: *Libro homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista (Vol.II)*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021, 1369-1389.

FGE. *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal*, en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771

GORDON BENITO, Iñigo. *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?*, en: RDPC 24 (2020), 89-160.

GREVIO. *Primer informe de evaluación España, 2020*, en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/home.htm>

HORTAL IBARRA, Juan Carlos: *La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): Una propuesta restrictiva de interpretación*, en: CPC 108 (2012), 31-66.

JERICÓ OJER, Leticia: *Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal*, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.) /PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 285-337.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: *El delito como conducta antijurídica, y III. La graduación de lo injusto*, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General, 2ª*, Dykinson, Madrid, 2015, 501-534.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *La discriminación en el Código Penal de 1995*, en: EPC 19 (1996), 219-288.

- *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, en: JD 34 (1999), 16-23.

- *La violencia de género en la Ley Integral: valoración político criminal*, en: RECPC 07-08 (2005), 1-23.

- *¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?* en: EPC 35 (2015), 783-830.

LLORIA GARCÍA, Paz. *La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico*, en: RGDP 31 (2019), 1-42.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAQUEDA ABREU, María Luisa: *¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art.22.4 CP?*, en: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2017, 703-714.

MARCO FRANCIA, María Pilar. *Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de “La Manada”*, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 297-332.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*, en: RECPC 20-27 (2018), 1-20.

- *Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual*, en: LLP 150 (2021), 1-17.

MENDOZA BUERGO, Blanca: *Circunstancias agravantes y mixta de parentesco*, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, 525-578.

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, 2020, en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:5cf7f0d9-b3a4-4767-8942-1a9c23e60212/INFORME%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20LIBERTAD%20E%20INDEMNIDAD%20SEXUAL%202020.pdf>

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, Reppertor, Barcelona, 2016.

- MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Art. 22, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.) /VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coord.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 143-154.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso “La Manada” (“Solo sí es sí”)*, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 339-370.

- “Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MSSSI. *Glosario de términos sobre diversidad afectivo sexual. Plan Nacional sobre el Sida*, 2018, en: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/docs/GlosarioDiversidad.pdf>

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

OMS. *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*, 2002, en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43431/9275324220_spa.pdf;jsessionid=CFBE8F8EC414A5902365A935FBCFB506?sequence=1

- *Violencia contra la mujer*, 2021, en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>

ONU. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*, 2015, en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

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

- *Discriminación por razones de género: el concepto «género» en el ordenamiento jurídico penal español*, en: *IgualdadES* 1 (2019), 159-183.

OVDG. *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*, 2021, en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Estudio-sobre-sentencias-del-Tribunal-Supremo-dictadas-en-2020-por-delitos-contra-la-libertad-sexual>

PARRILLA VERGARA, Javier. *La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género*, en: MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 31-69.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 5ª, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

RAE. *Informe sobre la expresión Violencia de Género*, 2004, en: <https://www.uv.es/ivorra/documentos/Genero.htm>

RAMÓN RIBAS, Eduardo: *La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales*, en: FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.)/RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 133-170.

REBOLLO VARGAS, Rafael: *La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (Art. 22.4 del Código Penal)*, en: RGDP 23 (2015), 1-28.

RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, en: RECPC 21-04 (2019), 1-37.

- *La discriminación de la mujer por razón de su sexo y por razón de género como circunstancias agravantes genéricas: ¿son conceptos diferenciados?*, en: SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, 353-364.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.) *Derecho Penal, Parte General: introducción teoría jurídica del delito*, 2ª, Comares, Albolote (Granada), 2016, 315-330.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Bárbara. *Estudio dogmático y jurisprudencia sobre la agravante de discriminación por razones de género*, en: EPC 39 (2019), 303-351.

SEOANE MARÍN, María Jéssica/OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Análisis de la circunstancia de discriminación por razones de género (22.4ª CP)*, en: EPC 39 (2019), 455-490.

VENTURA FRANCH, Asunción. *El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica*, en: RDP 97 (2016), 179-208.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *La generalización del género: reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género*, en: RGDP 32 (2019), 1-25.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?*, en: RECPC 20-04 (2018), 1-38.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso MC. contra Bulgaria.

Tribunal Constitucional

- STC 128/1987, de 16 de julio.
- STC 229/1992, de 14 de diciembre.
- STC 59/2008, de 14 de mayo.

Tribunal Supremo

- STS 1518/2001, de 14 de septiembre.
- STS 1168/2002, 19 de junio.
- STS 744/2004, de 14 de junio.
- STS 1291/2005, de 8 de noviembre.
- STS 1421/2005, de 30 de noviembre.
- STS 369/2006, de 23 de marzo.
- STS 421/2006, de 4 de abril.
- STS 568/2006, de 19 de mayo.
- STS 1145/2006, de 23 de noviembre.
- STS 647/2007, 3 de julio.
- STS 914/2008, de 22 de diciembre.
- STS 162/2009, de 12 de febrero.
- STS 1053/2009, de 22 de octubre.
- STS 48/2009, de 30 de enero.
- STS 1142/2009, de 24 de noviembre.
- STS 436/2011, de 13 de mayo.
- STS 792/2011, de 8 de julio.
- STS 585/2012, de 4 de julio.
- STS 972/2012, de 3 de diciembre.
- STS 1010/2012, de 21 de diciembre.
- STS 59/2013, de 1 de febrero.
- STS 305/2013, de 12 de abril.

- STS 542/2013, de 20 de mayo.
- STS 609/2013, de 10 de julio.
- STS 663/2013, de 23 de julio.
- STS 1037/2013, de 27 de diciembre.
- STS 838/2014, de 12 de diciembre.
- STS 314/2015, de 4 de mayo.
- STS 467/2015, de 20 de julio.
- STS 547/2015, de 6 de octubre.
- STS 608/2015, de 20 de octubre.
- STS 769/2015, de 15 diciembre.
- STS 9/2016, de 21 de enero.
- STS 610/2016, de 7 de julio.
- STS 675/2016 de 22 de julio.
- STS 786/2017, de 30 de noviembre.
- STS 56/2018, de 1 de febrero.
- STS 282/2018, de 13 de junio.
- STS 420/2018, de 25 de septiembre.
- STS 565/2018, de 19 de noviembre.
- STS 677/2018, de 20 de diciembre.
- STS 99/2019, de 26 de febrero.
- STS 254/2019, de 21 de mayo.
- STS 282/2019, de 30 de mayo.
- STS 344/2019, de 4 de julio.
- STS 678/2019, de 23 de enero de 2020.
- STS 444/2020, de 14 de septiembre.
- STS 571/2020, de 3 de noviembre.
- STS 81/2021, de 2 de febrero.
- STS 650/2021, de 20 de julio.
- STS 654/2021, de 23 de julio.
- STS 23/2022, de 13 de enero.
- STS 147/2022, de 17 de febrero.

Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

- STSJ de Canarias 7/2017, de 26 de junio.
- STSJ de la Comunidad Valenciana 72/2018, de 29 de junio.
- STSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre.
- STSJ de Madrid 77/2020, de 28 de febrero.
- SAP de León 35/2016, de 1 de febrero.
- SAP de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo.
- SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero.
- SAP de Cuenca 4/2018, de 6 de febrero.
- SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo.
- SAP de Cantabria 204/2018, de 7 de junio.
- SAP de Madrid 514/2018, de 16 de julio.