

AGRAVANTE DE GÉNERO: CINCO AÑOS DE VIGENCIA*

Criminal aggravating circumstance: five years in force

M.^a AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ**

Fecha de recepción: 26/05/2021

Fecha de aceptación: 10/01/2022

acfs, Protocolo II (2022), 87-110

ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716

<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.25186>

RESUMEN Este trabajo tiene por objeto el estudio de la agravante de discriminación por razón de género recogida en el art. 22.4.^a del C.P, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Nos vamos a centrar en el estudio del fundamento y elementos de la circunstancia agravante. Se prosigue, con el análisis de su compatibilidad con otras agravantes genéricas y su régimen de comunicabilidad a los partícipes del delito. Sin olvidar, el examen de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

Palabras clave: Circunstancias modificativas. Agravantes. Discriminación por razón de género. Violencia de género.

SUMMARY The purpose of the present work is to study the aggravating circumstance of gender discrimination included in article 22.4 of the Spanish Criminal Code(Criminal Law), by Organic Law 1/2015, of 30 March. We will focus on the study of the basis and elements of the aggravating circumstance. This is followed by an analysis of the compatibility with other generic aggravating circumstances and the regime of communicability to the defendant. And last, being mindful (Without forgetting)of the examination of the jurisprudence handed down by the Spanish Supreme Court.

Keywords: Modifying circumstances. Aggravating circumstances. Gender discrimination. Gender-based violence.

1. ANTECEDENTES

La agravante de género se incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LO1/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se modificó el Código Penal de 1995. El art. 22.4.^a del C.P fue objeto de modificación con la incorporación de una nueva agravante denominada

* Para citar/citation: Díaz Velázquez, M.^a A. (2022). Agravante de género: cinco años de vigencia. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, pp. 87-110.

** Magistrada. Miembro del Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial.

“por razones de género” dentro del *númerus clausus* de circunstancias agravantes contenidas en nuestro Código Penal. Esta agravante carece de antecedentes legislativos y es fruto de la evolución de las tesis feministas, que poco a poco, han ido teniendo reflejo en nuestro ordenamiento jurídico.

Su antecedente más inmediato lo tenemos en la antigua circunstancia agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, recogida en el Código Penal de 1822 en su artículo 106¹.

Su fundamento, se basaba en el debido respeto que merece la mujer por su lugar en la sociedad y en la familia.

Posteriormente, en el Código de 1848, reformado en 1850, también hacía referencia en su artículo 10, párrafo 20.º a la agravante consistente en “ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”.

Esta circunstancia agravante, se mantuvo en los códigos posteriores, pero ya no se aludía solo al sexo femenino, sino a la dignidad que merece el sexo de la persona.

Estamos ante una agravante que lo que hace es mantener los roles de género, propios de una sociedad patriarcal, basado fundamentalmente en el hecho de que las mujeres debían ocuparse de los cuidados y de la familia, debiendo llevar una vida ejemplar, acorde con esa sociedad. De tal manera, que si no se ajustaban a dichos cánones no eran merecedoras de dicho privilegio y quedaban fuera del marco de protección.

Esta agravante como tal se mantuvo en los códigos posteriores hasta su derogación en el Código Penal de 1983, una vez instaurada la democracia en nuestro país.

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, tenía como finalidad segregarse de dicho texto legal aquellos actos que no requerían de una respuesta penal, sobre la base del principio de intervención mínima.

Una de las novedades de este texto, es la incorporación por primera vez en el Código Penal, de los delitos de violencia en el ámbito familiar (Gil Ruiz, 2007, p. 192). Concretamente, se tipificó en el artículo 425, el delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

1. El artículo 106 del Código Penal de 1822 indicaba: “En todo delito ó culpa para la graduación expresada en los dos primeros artículos se tendrán por circunstancias agravantes. Además de las que exprese la ley en los casos respectivos, las siguientes: [...] Novena: en todos los delitos contra las personas serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo ó con icto de la persona ofendida”.

En dicho precepto se castigaban solo los actos reiterados de violencia física, hacia la persona que se encontraba unida al autor por vínculos familiares o *cuasi* familiares, excluyendo los actos de violencia psicológica.

Este precepto fue objeto de varias modificaciones posteriores, ya que era necesario delimitar que se entendía por habitualidad; así como, ampliar el núcleo de sujetos pasivos de este tipo de hechos delictivos y concretar los distintos actos de violencia que podían ejercerse sobre la víctima, incluyendo, entre otros, la violencia psíquica.

En el Código Penal de 1995, en su artículo 22.4.^a se incorporó un listado de *númerus clausus* de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. Según la Exposición de Motivos de la LO 4/1995 de 11 de mayo, el fundamento de esta nueva agravante era debido a los episodios de violencia racista y semita que se habían extendido por Europa bajo las banderas y símbolos de ideología nazi. Inicialmente en dicho precepto, se recoge la circunstancia agravante de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca” (LO 4/1995).

Posteriormente, el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral recoge de forma expresa que el objeto de la presente ley es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (Gil Ruiz, 2007, pp. 174-230).

En el apartado 3.º de ese mismo artículo se dispone que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Con la entrada en vigor de dicha normase modificó el Código Penal, incorporando nuevos tipos agravados cuando la víctima sea esposa o mujer vinculada por análoga relación de afectividad o personas especialmente vulnerables.

Se transforman en delitos, conductas inicialmente consideradas como faltas, como por ejemplo, las lesiones, coacciones o amenazas en el ámbito familiar. Esto supuso un giro en el tratamiento jurídico penal de la violencia sobre la mujer y, por tanto, el reconocimiento de que este tipo de violencia posee unas características específicas.

En la Ley Orgánica 5/2010, se modifica el artículo 22.4 del Código Penal y se incluye como motivo de discriminación, el sexo, la orientación y la identidad sexuales.

Siguiendo a (Orejón, 2018), el legislador debió incorporar el concepto de identidad de género, concepto que aparece recogido en la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

Según este autor, no era la primera vez que en vía parlamentaria se quería incorporar como agravante “ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Posteriormente dicha pretensión no fue acogida por el legislador.

La reforma del Código Penal de 2015 (LO 1/2015), fue donde se introdujo la agravante por razones de género, dando contenido al compromiso internacional asumido por España como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011.

En dicho Convenio, en el artículo 3 se define el género como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. En el Preámbulo de dicho Convenio se recoge que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer, poniendo el acento en el carácter estructural (Gil Ruiz, 2018, 29) de la misma (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011). Quedaba claro, según Gil Ruiz (2018) que, éste considera responsables a los Estados que por acción u omisión no respondan de manera adecuada al mandato de tolerancia cero con respecto a las violencias —en tanto que discriminaciones estructurales— hacia las mujeres.

Durante su tramitación parlamentaria, la cuestión objeto de debate fue si era mejor incorporar una agravante genérica en relación con el género, a través de la modificación del art. 22.4 del C.P o introducir una agravante específica, lo que suponía dejar sin efecto los tipos modificados por la LOPI, es decir, los delitos de lesiones, amenazas y coacciones.

Al final, el legislador optó por la primera postura e introdujo de forma expresa como circunstancia agravante, cometer el delito por motivos discriminatorios por “razones de género”, sin variar los tipos penales agravados como consecuencia de la entrada en vigor de la ley de protección integral.

Por último, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad, el 15 de noviembre de 2016, una proposición de ley en la que se instaba al Gobierno para suscribir un Pacto de Estado contra la Violencia

de Género. En el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados se creó una Subcomisión con el fin de elaborar un informe donde se recogieran las propuestas para avanzar en esta materia.

El 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado aprobó por unanimidad el informe de dicha Subcomisión y el Congreso lo aprobó en su sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017.

En dichos informes se recogían 417 medidas. Entre las medidas más importantes tenemos la número 84 del Congreso de los Diputados, donde se recoge la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género, más allá del ámbito de la pareja o ex pareja, entendiéndose por violencia de género cualquier acto de violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer. Esto supone aplicar la agravante del art. 22.4 del C.P en los delitos en los que la víctima sea una mujer, con independencia de la relación entre ambos y que no hayan sido objeto de modificación por la Ley de Protección Integral (medida 92).

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género no propone ninguna modificación en las circunstancias agravantes contenidas en el art. 22 del C.P.

En relación con la agravante de género, el Pacto de Estado realiza algunas propuestas concretas, referidas a algunos tipos penales ubicados en la Parte Especial del Código Penal. En concreto son las siguientes:

- Incluir en la redacción del art. 184 del C.P. una circunstancia específica en los delitos de acoso, donde se tenga en cuenta el hecho de actuar por razones de género (medida 95).
- Respecto al delito de mutilación genital femenina, se propone generalizar esta agravante a los supuestos del art. 149.2 del C.P. cuando la víctima es mujer.
- En los delitos contra la libertad sexual (agresión y abuso sexual) de los arts. 178 a 183 bis C.P. La propuesta consiste en “recomendar” aplicar esta agravante cuando se pruebe el móvil de haber actuado por motivos machistas. Esta propuesta, puede ser aplicada a través de la agravante del art. 22.4.º del C.P.
- La última propuesta se refiere al delito de acoso sexual en sus distintas modalidades del art. 184 del C.P. En este caso, se pretende incluir el “móvil de actuar por razones de género atentando gravemente contra la dignidad de la mujer.”

Estas propuestas, a día de hoy, no han sido objeto de incorporación en nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, la agravante de género introducida en el art. 22.4 del C.P. tiene como finalidad luchar contra la situación de dominación y discriminación que sufren las mujeres por el hecho de ser mujer, de conformidad con el art. 3 del Convenio de Estambul.

2. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

La doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar cuál es el fundamento de las circunstancias agravantes contenidas en el art. 22.4 del C.P. Las posturas oscilan entre aquellos que consideran que dicha agravación debe obedecer a un incremento del injusto del hecho, frente a los partidarios de elevar el reproche de la culpabilidad.

La mayor parte de la doctrina entiende que esta circunstancia agravante tiene su fundamento en una mayor reprochabilidad de la conducta del sujeto activo de la acción, basada en la mayor culpabilidad.

Aunque no existe una postura unánime al respecto, algunos autores entienden que esta circunstancia tiene carácter subjetivo, es decir, que se fundamenta en la motivación que dirige la conducta del sujeto activo. Esto, según Salinero Alonso, supone hacer depender el fundamento de esta agravante de “elementos tan próximos al carácter y forma de ser del autor que nos podría abocar al Derecho Penal de autor” (Salinero, 2002, citada por Orejón, 2018, p. 318).

Esta agravante desde su nacimiento fue objeto de debate. Orejón, haciéndose eco de los postulados de Marín, explica que un sector doctrinal considera que la agravación de la pena se fundamenta en algo que pertenece al fuero interno del autor (Marín, 2018, citada por Orejón, 2018, p. 317). En cambio, otros autores estiman que tiene carácter dual ya que el incremento del injusto tiene su base en que junto al bien jurídico propio del tipo penal específico (vida, libertad, integridad...) se protegen los mandatos contenidos en el art. 14, 9.2, 32.1 y 35 de nuestra CE.

Es precisamente esta prohibición de discriminación, la que se traslada al Código Penal a través de la agravante genérica contenida en el art. 22.4.^a del C.P.

Rueda, en sus postulados, considera que es necesario que concurra el ánimo discriminatorio para que pueda aplicarse esta agravante y entiende que se fundamenta “tanto en una mayor gravedad de lo injusto por el abuso de su posición de dominio que ostenta el agresor, como de la culpabilidad por concurrir un móvil discriminatorio hacia la mujer por razón de su sexo a la que se le atribuye un rol sexual y una inferioridad en cualquier ámbito, incluidas las agresiones de un hombre hacia una mujer en su relación de pareja” (Rueda, 2019, p. 28).

La necesidad de acreditar un elemento subjetivo de discriminación hacia la mujer en determinados tipos penales puede suponer la inaplicación de determinados hechos delictivos y, por ende, conllevar a la absolución, a pesar de que tales actos sean reprochables socialmente y supongan de forma objetiva considerar a la mujer en un rango inferior.

La incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de esta agravante específica en virtud de la Ley Orgánica 4/1995, tenía como finalidad evitar o reducir la proliferación de ataques antisemitas y racistas. Su fundamento se encontraba en los valores ubicados en el art. 14 y 9.2 de nuestra Constitución.

La aplicación de esta agravante por los Tribunales ha sido contradictoria. La jurisprudencia menor, exigía la concurrencia del elemento subjetivo de discriminación en la conducta del autor para poder aplicar dicha agravante, exigiendo que dicho motivo discriminatorio fuera preponderante (SAP CU 49/1998).

El Tribunal Supremo definió dicho elemento subjetivo como “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” (STS 420/2018). Posteriormente, entiende que el fundamento de dicha agravación reside “en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior” (STS 565/2018).

Entiende el Alto Tribunal que el fundamento de esta agravante es subjetivo y que se fundamenta precisamente en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, con independencia de que exista o no relación de pareja entre los sujetos de la acción.

Una novedad, es la ampliación del ámbito objetivo de esta agravante no solo a la relación pareja o ex pareja, sino a cualquier ataque con efecto de dominación que se realice a una mujer por el hecho de ser mujer, en consonancia con lo recogido en el Convenio de Estambul.

En relación con este asunto, no podemos olvidar el contenido del Auto del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2013, donde también considera que no es necesario un móvil específico de subyugación o dominación masculina para aplicar esta agravante.

Según esta resolución “basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría la agravación estará legal y constitucionalmente justificada” (ATS 7790/2013).

El Tribunal Supremo entiende que para aplicar dicha agravante bastará “que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos

penales [...] de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma” (STS 99/2019) y en cuanto a lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate y que esa motivación discriminatoria sea la determinante para cometer el hecho delictivo.

Esta sentencia parece conferir a esta agravante un carácter meramente objetivo ajeno al móvil del sujeto activo, entendiendo que su conducta se basa en la mayor gravedad del hecho cuando el mismo constituya una “manifestación de una grave y arraigada desigualdad”. Tal y como recoge dicha resolución “pues es evidente que tal escenario y comportamiento implican objetivamente la situación de machismo origen de discriminación 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” (STS 99/2019).

Por tanto, a modo de conclusión, no es necesario que concurra un elemento subjetivo distinto del dolo, bastando con que se cometa el hecho delictivo con el fin de ejercer dominio sobre la mujer.

3. REQUISITOS DE LA AGRAVANTE POR RAZÓN DE GÉNERO

Las circunstancias agravantes genéricas se fundamentan en la existencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, los cuales deben concurrir al margen de los elementos del tipo penal.

Elemento objetivo

Este elemento tiene relación con el hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo determinadas conductas que no se ajustan a los comportamientos y roles socialmente aceptados en nuestra sociedad.

Una cuestión que ha sido objeto de debate dentro de la doctrina es la referente a si dicho elemento objetivo debe concurrir necesariamente en el sujeto pasivo o, por el contrario, basta con que el sujeto activo crea que concurre ese elemento para aplicarla. Esto es lo que se conoce como “error inverso”. La doctrina se encuentra dividida ya que algunos autores entienden que basta con que el sujeto activo crea que concurre ese elemento objetivo para que se aplique, a pesar de que ésta realmente no concurra, mientras que otros, por el contrario, consideran que no cabe aplicarla si no se da esa circunstancia en el sujeto pasivo.

Otros autores mantienen que es necesario que el sujeto activo del delito actúe empujado por esa motivación, con independencia de que esas circunstancias personales concurren o no en el sujeto pasivo.

Tales autores ponen como ejemplo la homosexualidad, es decir, si el sujeto activo realiza el hecho delictivo porque cree que una persona es homosexual y después ocurre que no lo es, tal extremo es indiferente a la hora de aplicar la agravante de discriminación del art. 22.4 C.P. Por el contrario, hay autores como Lorenzo (2012), que entienden que “la agravante sólo estará completa cuando la víctima del delito efectivamente pertenezca al colectivo al que se pretende agravar, puesto que de no darse esta situación no se produciría aquel desvalor adicional del resultado” (p. 282).

La jurisprudencia es contradictoria en este sentido, basta con leer a nuestro Tribunal Supremo, que recoge de forma expresa en una de sus sentencias que “para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE” (STS 314/2015).

En la STS 983/2016, de 11 de enero, el Alto Tribunal, asegura que no se aplicará la circunstancia agravante cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito².

En ese mismo sentido la STS 1341/2002, de 17 de julio, no se apreció dicha agravante al no concurrir esa cualidad en el sujeto pasivo. En la misma línea, el Tribunal Supremo señala que “para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad” (STS 145/2006).

Según Orejón (2018), sería necesaria una nueva redacción del art. 22.4 del C.P. donde constara de forma expresa que dicha agravante se aplicará con independencia de que el elemento objetivo concorra o no en el sujeto pasivo, con el fin de evitar resoluciones contradictorias tanto en las Audiencias Provinciales como en el Tribunal Supremo.

Por tanto, considero que es indiferente que dicha circunstancia objetiva concorra en la víctima, basta con que el autor se represente como probable esa circunstancia y que su conducta vaya guiada por esa motivación.

2. Véase STS 1341/2002 de 17 julio; STS 302/2015 de 19 mayo; STS 314/2015 de 4 de mayo; entre otras.

Elemento subjetivo

Orejón (2018), considera que dicho elemento subjetivo requiere de la concurrencia de dos requisitos. Por un lado, el autor debe guiar su conducta sobre alguna de las circunstancias que recoge expresamente el art. 22.4 del C.P., es decir, actuar por motivos racistas, antisemitas o discriminación por razón de ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza, nación, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género o discapacidad y, por otro lado, debe acreditarse esa motivación a través de su conducta o manifestación externa. En definitiva, supone adentrarnos en la esfera interna del sujeto activo. Por tanto, es necesario probar tanto el hecho, como la participación del sujeto y su intencionalidad, referido este último, a las motivaciones contempladas en dicho precepto.

El Tribunal Supremo en la resolución STS 314/2015, de 4 de mayo, recoge que dicho motivo de discriminación por razón de género debe guiar el comportamiento del autor, de tal manera que este motivo es el determinante para realizar el hecho delictivo.

En definitiva, la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes recogidas en el art. 22.4 CP, supone incrementar la pena cuando el autor actúe guiado por los motivos enumerados en dicho precepto, de forma, que con su conducta no solo lesiona el bien jurídico propio del tipo penal, sino también los valores propios de una sociedad democrática, como es la dignidad de la persona, la igualdad, etc.

Orejón (2018) concluye diciendo que “el fundamento de esta circunstancia radica en el incremento del injusto que produce la comisión del hecho por esos motivos” (p. 322), por lo que basta que la conducta del sujeto activo venga motivada por alguna de las causas de discriminación del art. 22.4.ª del C.P. para que se aplique dicha agravante.

4. COMUNICABILIDAD CON OTRAS AGRAVANTES

En este apartado vamos a recoger los conflictos de aplicación de esta agravante. La primera cuestión será determinar si esta circunstancia agravante es comunicable a todos los partícipes del delito y de qué modo. Por otra parte, y siguiendo a Orejón (2018), también estudiaremos la concurrencia con otras circunstancias agravantes y concretamente con los delitos propios del ámbito de la violencia de género.

Comunicabilidad

El artículo 65 del Código Penal, en relación con la comunicabilidad de las circunstancias agravantes diferencia en su apartado 1.^a, aquellas que “consistan en cualquier causa de naturaleza personal” y las que consistan en “la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla”.

La primera de ellas se aplicará a los partícipes que en el momento de cometer el hecho delictivo tuvieran conocimiento del móvil del autor, el cual, debe coincidir con alguno de los recogidos en el art. 22.4 del C.P. Algunos autores, como Díaz López (señalados por Orejón 2018, p. 258) entienden que para que se aplique esta circunstancia agravante a los partícipes debemos plantearnos si es necesario que en ellos también deben concurrir, esa motivación del autor. Por ello, estos autores, entienden que dicha circunstancia al ser personal es incommunicable.

Otro sector doctrinal, entiende que dicha circunstancia se basa en el incremento del injusto, lo que supone aplicarla a todos los partícipes del delito, hayan conocido o no, el móvil del autor.

Respecto a esta cuestión y tras la reforma operada en el art. 65 del C.P. mediante Ley Orgánica 15/2003, se puede “extender la circunstancia a la incommunicabilidad de situaciones que aun siendo personales se integran en lo injusto y éste puede a su vez alcanzar por accesoriadad al partícipe”.

Relación con otros tipos penales

A pesar de que concurren todos los elementos exigidos en la circunstancia agravante, cabe la posibilidad de que ésta no pueda aplicarse bien sea, porque entra en juego el principio non bis in ídem o porque exista incompatibilidad entre las circunstancias agravantes concurrentes, en el supuesto de concurso de normas.

Siguiendo a Orejón (2018) vamos a estudiar las siguientes circunstancias agravantes y su compatibilidad con la agravante por razón de género.

- **Discriminación múltiple**

Si observamos la agravante de discriminación prevista en el art. 22.4 del C.P. observamos que en dicho precepto se recogen varios motivos de discriminación (raza, ideología, religión, etc.).

Varios de estos motivos pueden concurrir en la acción del sujeto activo y a esto se le denomina “discriminación múltiple”. Un ejemplo sería cuando a una mujer lesbiana se le agrede por ser mujer y por su identidad

sexual. En este caso, concurren varios motivos de discriminación que según Orejón (2018) producen un único efecto, sin poder separar los mismos.

Según este autor, en estos casos, no es posible apreciar dos veces la misma agravante, ya que estamos ante un mismo hecho, un mismo fundamento y un mismo sujeto, todo ello sin perjuicio de que en el momento de determinación judicial de la pena se pueda incrementar, de conformidad con lo establecido en el art. 66 y 67 del C.P.

- Discriminación por razón de sexo

El término sexo y género son definidos por la OMS de la siguiente manera: “El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres», y concluye que «el macho» y «la hembra» son categorías sexuales, mientras «masculino» y «femenino» son categorías de género”.

La STS 565/2018 recoge la definición dada en la STS 420/2018 referente a la agravante por razón de sexo, donde se hace constar que ésta se refiere tal y como recoge el autor Sánchez (2021), “(...) a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad considera propio de hombres y mujeres”.

Parte de la doctrina ha considerado innecesaria la distinción realizada por el legislador en el art. 22.4 del C.P, al diferenciar la agravante por razón de sexo y la agravante por razón de género. Según Orejón (2018), ambas agravantes a pesar de ser distintas se parecen bastante. Considera que la agravante por razón de sexo abarca tanto al hombre como a la mujer, mientras que la agravante por razón de género tiene su fundamento en la ideología del autor y en el carácter machista de su acción, con independencia del sexo de la víctima. Dicho autor entiende que no era necesaria la incorporación de una nueva agravante. Siguiendo a Orejón (2018) considero que es necesario atender a la motivación del autor a la hora de aplicar una u otra agravante, es decir, si la acción del sujeto activo está guiada por su repulsión al sexo femenino o si es consecuencia de que el sujeto pasivo del delito no se ajusta a los cánones socialmente establecidos, de ahí su actuación.

Esto supone que el sujeto pasivo, en el caso de discriminación por razón de género, solo pueda ser una mujer, mientras que en la agravante por razón de sexo pueda ser un hombre o una mujer.

La agravante de género supone que el sujeto pasivo sea una mujer, pero no basta solo con esa condición, es necesario que se acredite ese factor de

dominación, que es lo que le confiere esa especial significación, tal y como dice Sánchez (2019).

- Agravante de parentesco

La jurisprudencia menor desde la incorporación de la agravante por razón de género en nuestro ordenamiento jurídico había entendido que sólo cabía aplicarla al ámbito de la pareja, ex pareja o cuando el autor se encontraba unido a la víctima por una relación de afectividad aún sin convivencia.

La primera resolución dictada por nuestro Tribunal Supremo en relación con esta agravante apuntó la compatibilidad entre esta agravante y la agravante de parentesco. En dicha resolución se recoge que el fundamento de ambas agravantes es diferente, en cuanto que en la agravante de parentesco es necesario que exista una relación presente o pasada entre los sujetos del delito, mientras que la agravante de discriminación por razón de género se basa en el propósito de ejercer el dominio sobre la víctima por el hecho de ser mujer (STS 420/2018).

San Millán (2019) entendía que si la agravante por razón de género y la de parentesco era aplicable únicamente al ámbito de la pareja o expareja implicaría tener en cuenta doblemente dicha circunstancia para agravar la pena, incurriendo en un *bis in idem* prohibido.

Posteriormente este criterio se modificó por el Alto Tribunal en sentencia, recogiendo expresamente que dicha agravante es aplicable con independencia de que exista o no relación afectiva o matrimonial entre ambos, de conformidad con el art. 46 del Convenio de Estambul (STS 565/2018).

Es precisamente en esta resolución donde aparecen bien delimitados los fundamentos de ambas agravantes. En el fundamento jurídico octavo de la citada resolución se recoge que la agravante de género tiene un matiz subjetivo, basado en la intención de llevar a cabo actos de dominación sobre una mujer por el hecho de ser mujer, mientras que la agravante por razón de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia.

Resuelve, que cabe dicha compatibilidad puesto que “la agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba prac-

ticada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.”Entiende el Tribunal que no se infringe el principio *non bis in idem* por la aplicación de ambas agravantes, ya que “existen dos hechos distintos, que no tienen que darse necesariamente juntos y que permiten fundamentar la agravación en uno u otro caso” (STS 565/2018).

- Abuso de superioridad

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es constante a la hora de determinar cuáles son los requisitos exigibles para apreciar esta circunstancia agravante. En sentencia 410/2007, de 18 de mayo, se recogen dichos requisitos:

1. Una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre la víctima que determina un desequilibrio de fuerzas a favor del primero.
2. Que tal desequilibrio se utilice o aproveche por el agresor para la mejor realización delictiva y la mayor impunidad, de tal modo que pueda hablarse de un abuso de tal situación, requiriendo la conciencia de la superioridad y de las ventajas que ello comporta.
3. Que el exceso no sea imprescindible para la comisión delictiva, ya por ser un elemento más del tipo, ya por ser la única forma de poder consumarlo.

Si observamos los requisitos antedichos, observamos que el primero de ellos, consistente en que esa situación de superioridad suponga un importante desequilibrio de fuerzas a favor del sujeto activo del delito, es el que puede guardar relación con la agravante de discriminación por razón de género.

Según Orejón (2018) lo importante para determinar si existe compatibilidad entre esta agravante y la de discriminación por razón de género, estriba en “ver si esa superioridad personal puede entenderse como inherente a la superioridad física del hombre sobre la mujer” (p. 363).

La agravante de superioridad puede suponer en algunos casos una superioridad física, lo que lleva a plantearnos si la misma deriva de la diferencia de sexos. Según nuestro Tribunal Supremo, no basta con que exista esa superioridad personal para poder apreciarla, ya que es necesaria la concurrencia de otras circunstancias para apreciar ese desequilibrio de fuerzas (STS 4907/1986); en caso contrario, podríamos encontrarnos, que cualquier acto de un hombre hacia una mujer lleve consigo la aplicación de esta agravante de superioridad, lo que iría en contra del art. 14 de la CE.

Este autor, siguiendo los postulados de Rodríguez, entiende que ambas circunstancias agravantes son compatibles, ya que “la agravación no procede del desequilibrio de fuerzas entre los sujetos activo y pasivo ni en la mayor debilidad o desvalimiento de este último, lo que en su caso puede hacer entrar en juego la agravante de abuso de superioridad, sino de que el autor haya decidido en último término cometer el delito por la condición personal de la víctima” (Rodríguez, 1997, citado por Orejón, 2018, p. 364).

Por tanto, la compatibilidad de ambas agravantes no plantea ninguna duda, ya que el legislador no ha querido establecer una agravante atendiendo a la mayor debilidad de la víctima, sino porque su fundamento estriba en cometer el hecho delictivo porque en la víctima concurre alguna de las circunstancias contenidas en el art. 22.4.^a del C.P y el sujeto activo conduce su acción por tal motivación.

Relación con los delitos de violencia de género

Otra de las cuestiones objeto de estudio es la compatibilidad de esta circunstancia agravante con los tipos penales. Debemos diferenciar si la misma es aplicable a todos los delitos o, por el contrario, no puede ser aplicada a los delitos que fueron objeto de agravación como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección Integral.

Nos estamos refiriendo al principio de inherencia recogido en el art. 67 del C.P donde se recoge que “las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. Esto supone, que cuando una circunstancia agravante o atenuante se encuentre implícita en el tipo penal, no cabe su aplicación.

Esta agravante no podrá aplicarse a aquellos tipos penales en que el legislador agravó las penas cuando el sujeto pasivo sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Estos tipos penales son el delito de lesiones y maltrato de obra del art. 153.1, el subtipo agravado de lesiones del art. 148.4, el delito de amenazas leves del 171.4 y el delito de coacciones del art. 172.2 del C.P. La autora Peramato Martín entiende que tampoco se aplicará esta agravante en aquellos tipos penales, como la mutilación genital femenina, donde la discriminación va implícita en el propio tipo penal (Peramato, 2016).

Por tanto, esta agravante sólo será aplicable a aquellos tipos penales que poseen una mayor entidad y que son ataques contra la mujer por el

hecho de ser mujer como ocurre en los delitos contra la vida (homicidio, asesinato...), así como, en los delitos contra la libertad sexual, con independencia del vínculo que exista entre el agresor y la víctima, dando contenido así a los artículos 3 y 43 del Convenio de Estambul.

Inicialmente, el Tribunal Supremo entendía que dicha agravante era solo aplicable a las relaciones de pareja y que las razones de esa agravación se basaban en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, donde el hombre consideraba a la mujer como un ser inferior, vulnerando el derecho de igualdad, lo cual tenía su manifestación en el móvil de su conducta, tal y como recoge la referida sentencia (STS 420/2018).

Posteriormente, el Alto Tribunal, amplió el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género más allá del ámbito de la pareja o expareja.

En dicha resolución se dice expresamente que “el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo [...]. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo [...], pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer” (STS 565/2018).

En definitiva, tal y como expresa Sánchez (2021), “la agravante por razón de género debe aplicarse en aquellos supuestos que el autor del delito ha cometido tales actos contra una mujer por el hecho de ser mujer y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad” (p. 10).

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La irrupción de la agravante de género en la jurisprudencia menor dio lugar a dos cuestiones de especial trascendencia, por un lado, la referente a su fundamento jurídico y por otro, su compatibilidad con la agravante de parentesco. Cuestiones que han sido resueltas por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 656/2018, de 19 de noviembre y 99/2019, de 26 de febrero.

Vamos a realizar un somero estudio de la jurisprudencia dictada por nuestro Alto Tribunal, para ver cómo ha sido su avance, para ello distinguiremos dos periodos, uno que abarca desde la entrada en vigor de dicha agravante hasta la sentencia 420/2018, de 25 de septiembre y un segundo periodo que va desde la sentencia 565/2018 de 19 de noviembre hasta la sentencia 571/2020, de 3 de noviembre.

Primer periodo

Inicialmente, la jurisprudencia menor consideró que esta circunstancia agravante tiene carácter “subjetivo”, cuyo fundamento se funda en “la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito”. Tal y como dice San Millán (2019, p. 307) el delito debe ser la expresión de dominación sobre la mujer con la que se tenga o haya tenido una relación conyugal o análoga a la misma.

De ahí, que se plantearan problemas de compatibilidad con la agravante por razón de parentesco, aunque la mayor parte de la jurisprudencia menor afirmaba su compatibilidad, existía alguna excepción, como la SAP de Asturias 2/2018, de 26 de enero, que entendió que el hecho de ser pareja la víctima y el agresor y ser apreciada la agravante de género, ésta absorbe a la de parentesco y, por tanto, no cabe su compatibilidad.

La SAP de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero, enumera los requisitos para aplicar esta agravante: a) Que el sujeto activo del delito sea un varón. b) Que el sujeto pasivo sea una mujer, que, además, sea o haya sido esposa o se encuentre o se haya encontrado unida a aquel por una relación análoga de afectividad. c) Que el delito se haya cometido con el propósito de ejercer su dominio, superioridad y control sobre la víctima por el hecho de ser mujer, lo que significa que “deberán imputarse por las acusaciones, y probarse por ellas, una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera, sin duda alguna, que el autor actuó por ese motivo”.

En definitiva, la jurisprudencia menor era contradictoria y en ocasiones aplicaba esta agravante cuando la conducta del sujeto activo constituía una manifestación de dominio y superioridad sobre la víctima, de tal manera, que éste considere que la misma le debe sumisión y obediencia, por el hecho de ser mujer, según se recoge en la SAP de Valencia 145/2017, de 3 de marzo.

Si atendemos a las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, debemos comenzar examinando la primera sentencia donde se aplica la circunstancia agravante de no discriminación por razón de género, la STS 420/2018, de 25 de septiembre. En esta resolución consta como hechos probados que el acusado y la víctima tenían una relación de pareja, que fueron a casa de una amiga a charlar y tomar cervezas. El acusado, en un momento determinado, le cogió el móvil, ya que pensaba que estaba hablando con otro hombre. La víctima le recriminó su actitud y le pidió que se le devolviera. A continuación, el acusado fue a la cocina coge un cuchillo y se lo guardó en los pantalones. Cuando Elisa fue al cuarto de baño, la siguió el investigado y cuando ella se encontraba en el inodoro, comenzó a darle cuchilladas a la vez que le decía “si no eres mía, no eres de nadie”. En un momento determinado,

al doblarse la hoja del cuchillo, y ésta suplicarle por su vida, éste cesó en su empeño, salieron de la casa, llamaron al 112 y fue detenido. La AP de Segovia, de fecha de 17 de noviembre de 2017, condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de lesiones con la agravante de género.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, revocó parcialmente la sentencia de la AP de Segovia y no apreció la agravante de género, alegando que no se había acreditado que la conducta del acusado hubiese estado guiada por el desprecio o discriminación a la víctima por el hecho de ser mujer.

Posteriormente el TS en sentencia 420/2018, de 25 de septiembre, ratifica la sentencia de la AP de Segovia y recoge que los elementos que deben concurrir para aplicar esta agravante son los siguientes: “a) el sujeto activo del delito debe ser un varón y el pasivo una mujer que se encuentre o haya estado unido por relación matrimonial o análoga; b) que el sujeto activo ha de cometer el delito con el propósito de ejercer dominio sobre la mujer, de colocarla en un rol de inferioridad y subordinación en la relación; propósito que debe desprenderse de elementos fácticos debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en sentencia”.

Segundo periodo

a) STS 565/2018, de 19 de noviembre

Esta resolución varió el criterio de la sentencia 420/2018, de 25 de septiembre.

Vamos a comenzar con exponer los hechos probados. La relación que existía entre la víctima y el acusado era una relación de pareja de tres años. Consta como hechos probados que el acusado desde el inicio de la relación golpeaba a Delfina, la amedrentaba, le tiraba del pelo, la insultaba, como manifestación del dominio sobre su persona. También se hace constar, que el acusado la atemorizaba con mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo así tener el control sobre ella. Este comportamiento se mantuvo en el tiempo y en agosto de 2015, cuando Delfina se encontraba en su habitación, éste coge su monedero y ella sale de la habitación, momento en que éste va detrás de ella y comienza a agredirla, a la vez que le decía que la iba a matar. Posteriormente, Delfina intenta salir de la casa y pedir auxilio por la terraza, pero es agarrada por el acusado, el cual cogió un destornillador y le decía que la iba a matar, hecho que provocó que ella saltara por la terraza. El acusado fue condenado por la SAP de Madrid

211/2018, de 19 de marzo, como autor de un delito de maltrato habitual y homicidio intentado, con la concurrencia de la agravante de género y parentesco.

En esta resolución, el Supremo recoge que para aplicar esta agravante es necesario que el agresor muestre una posición de control sobre la víctima, extremo que se observa en la conducta del acusado por el hecho de coger el dinero de ella como si le perteneciera. Fundamenta esta agravante en el hecho de que la conducta del varón era establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocándola en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto del derecho de igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano. Igualmente, resuelve uno de los problemas más importantes en relación con esta agravante que era si cabe o no, la compatibilidad con la agravante de parentesco, a lo cual, me remito a lo dicho en otro apartado. También expresa esta resolución, que esta agravante no puede aplicarse a aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, ya que infringiría el principio *non bis in idem*.

Por último, amplía el ámbito objetivo, no sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino a cualquier acto de violencia hacia la mujer que impliquen actos de dominación, aunque no exista ningún vínculo entre ambos, todo ello de conformidad con el art. 43 del Convenio del Consejo de Europa, conocido como Convenio de Estambul.

b) STS 707/2018 de 15 de enero

En esta sentencia constan como hechos probados que la mujer llamada Carmen, había comunicado a su marido su intención de separarse. Entre ellos no existía acuerdo en el ámbito patrimonial. El día 16 de diciembre de 2015, sobre las 5.15 h de la madrugada el acusado cuando se encontraba en la cama con su mujer y siendo conocedor de la situación de desvalimiento de la víctima, se levantó de la cama, se dirigió a la cocina, cogió un cuchillo y se acercó al dormitorio asestándole 42 puñaladas a su mujer, la cual, no pudo reaccionar debido a lo sorpresivo de su conducta. En un momento determinado, cae al suelo y el acusado sigue dándole cuchilladas hasta que falleció. El acusado fue condenado por la AP de Zaragoza ST 47/2017, como autor de un delito de asesinato con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y género. Esta resolución fue objeto de apelación ante el TSJ de Aragón en fecha de 4 de mayo de 2018, donde se revocó parcialmente dicha resolución al no estimar la concurrencia de la agravante de género. El Tribunal Supremo, ratifica la sentencia dictada por

la AP de Zaragoza al entender que, si concurre la agravante de género, ya que de la conducta del acusado se observa la intención de dominación del hombre sobre la mujer. Explica que el acusado cuando percibió que perdía ese poder sobre la víctima, fue cuando decidió matarla para impedir que ésta se separara de él. Importante reflexión se recoge en esta resolución al exigir que debe constar en los elementos fácticos, la concurrencia de esta circunstancia agravante, de tal manera, que debe aparecer nítidamente en los hechos probados y para ello deben estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente, racional y expresamente valorada en sentencia.

c) *STS 99/2019, de 26 de febrero*

El Tribunal Supremo en esta resolución vuelve a cambiar los requisitos para aplicar esta agravante, afectando esta vez al fundamento de la misma. Constan como hechos probados que el acusado y la víctima, los cuales tenían una relación de pareja de aproximadamente dos años, fueron en el vehículo de éste, hacia una caseta de campo propiedad del mismo. En el transcurso del viaje, el acusado le pidió a la víctima que le hiciera una felación y al negarse ésta, el acusado la obligó a hacerle la felación, cogiéndola por la cabeza y acercándola a sus genitales. Cuando llegaron al lugar, el acusado comenzó a proferirle las siguientes expresiones “guarra, come pollas, puta...”. La víctima quiso salir del lugar y el investigado se lo negó, para a continuación lanzarla sobre el sofá, quitarle el pijama y la ropa interior. En ese instante, ella le pedía que no hiciera y éste decía “que haría lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa”, momento que aprovechó para penetrarla por vía vaginal y anal. Cuando terminó el acusado le lanzó semen sobre la cara y pecho de la víctima. La SAP de Valencia 167/2018, de 21 de marzo, condenó al acusado por delito de agresión sexual en concurso medial con un delito de lesiones del art. 153.1 del C.P., no apreciando la agravante de discriminación por razón de género. Esta sentencia fue apelada ante el TSJ de Valencia 91/2018, de 26 de febrero, el cual si apreció dicha agravante en el delito de agresión sexual.

Lo novedoso de esta resolución, según San Millán (2019, p. 325) es que le confiere a esta circunstancia agravante un fundamento objetivo, ajeno al propósito del sujeto activo, todo lo cual se halla en la mayor gravedad del hecho cuando el mismo sea una manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Según nuestro Tribunal Supremo para aplicar esta agravante fuera de los casos de parejas o ex parejas se exige 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”.

d) STS 444/2020, de 14 de septiembre

En esta resolución el Tribunal Supremo determina que el ámbito de aplicación de esta agravante se extiende a todos los delitos, salvo aquellos que incluyan una descripción típica de factores de género. Este caso, es un asunto de violencia sexual y recoge expresamente que la violencia sexual afecta de forma desproporcionada a las mujeres.

La concurrencia de esta circunstancia agravante requiere de un aditamento que se concreta en una base fáctica que permite deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuricidad, que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. Hace constar que no requiere de un elemento subjetivo específico, entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, pero sí que los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón. Manifiesta que no todo acto contra la libertad sexual perpetrado por un varón hacia una mujer será tributario de esta agravación, pues necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de dominio machista.

e) STS 571/2020, de 3 de noviembre

Esta es la última resolución dictada por el Tribunal Supremo sobre esta materia. Lo novedoso de esta resolución es la diferenciación que hace el Alto Tribunal, cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja o fuera de ésta.

En los delitos realizados en el ámbito de la pareja o ex pareja, la agravación viene dada generalmente a través de actos de control o humillación hacia la mujer consistente en controlar su forma de vestir, sus relaciones sociales, su vestimenta y a través de actos de humillación como decirle que no vale para nada y otras expresiones similares. Por el contrario, en los delitos fuera de la relación de pareja, que generalmente son delitos contra la libertad sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual. Como dice el Tribunal, esta agravante 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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Monografías citadas

Sánchez, J. et al. (2021). *Derecho Penal 2021*. Editorial Tirant lo Blanch.

II. Artículos de revistas y capítulos de libros

Alonso, M. (2022). ‘La circunstancia agravante de discriminación’. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Editorial Tecnos.

García, T. (2018) ‘La circunstancia agravante de género’. *La ley penal* núm. 131.

Gil Ruiz, J.M. (2007). *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*. Madrid: Editorial Dykinson.

Gil Ruiz, J.M. (2018). “La catarsis del Derecho ante la subdiscriminación”, en Gil Ruiz, J.M. (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de Derecho anti-subdiscriminatorio*. Editorial Dykinson: Madrid.

Laurenzo, P. (2012). ‘La discriminación en el Código Penal de 1995’. *Cursos e Congresos* núm. 95.

Marín de Espinosa, E. (2018). ‘La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)’. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 20-27.

Peramato, T. (2016). ‘Modificaciones Código Penal. Parte General’. *Boletín de Violencia de Género, Juezas y Jueces para la Democracia* núm. 2.

Rueda, M.A. (2019). ‘Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica’. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 21.

San Millán, B. (2019). ‘Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razón de género’. *Estudios penales y criminológicos* vol. XXXIX, .

Sánchez, J. (2019). ‘A propósito de la agravante de género’. *Centro de Estudios jurídicos*.

III. Jurisprudencia y resoluciones

- Auto del Tribunal Supremo 7790/2013, de 31 de julio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 2/2018, de 26 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 5/2018, de 5 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 49/1998, de 7 de julio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 145/2017, de 3 de marzo.

- Sentencia del Tribunal Supremo 1341/2002, de 17 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 145/2006, de 23 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 314/2015, de 4 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 410/2007, de 18 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4907/1986, de 25 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 25 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 571/2020, de 3 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 707/2018, de 15 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 983/2016, de 11 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 99/2019, de 26 de febrero.

IV. *Textos normativos*

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 281. Madrid, España, 24 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 77. Madrid, España, 31 de marzo de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 152. Madrid, España, 27 de junio de 1983, pp. 17909-17919. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-17890>
- Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 113. Madrid, España, 12 de mayo de 1995, pp. 13800-13801. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/05/11/4>
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 313. Madrid, España, 29 de diciembre de 2004. Artículo 1.1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>
- Enmienda 398 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso [Internet]. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos

de Ley, núm. 52-9, de 18 de marzo de 2010, pág. 180. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

Instrumento de ratificación del 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 [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 137. Madrid, España, 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976. Preámbulo, párrafo décimo. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))

V. *Otras fuentes*

Orejón, N. (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. [Tesis Doctoral]. Universidad de Valencia. Valencia.