

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 444/2020

Fecha de sentencia: 14/09/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10098/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

Transcrito por: JLA

Nota:

#### Resumen

Agravante de discriminación por razones de género. La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se

conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las practicas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10098/2020

Ponente: Excm.a. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

**TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 444/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.  
D. Julián Sánchez Melgar  
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca  
D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García  
D<sup>a</sup>. Susana Polo García  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10098/20 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por xxxxx representado por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Concepción Villaescusa Sanz bajo la dirección letrada de D. Arturo Javier Guillén Vidal, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 23 de enero de 2020 (Rollo 201/19- A). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción num. 1 de Elche incoó Procedimiento Ordinario num. 1959/17 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 7<sup>a</sup> con sede en Elche, Rollo 3/18)), que con fecha 9 de julio de 2019, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: «XXXXXXX, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sobre las 23:00 horas del día 14 de octubre de 2017, tras establecer un primer contacto con xxxxxxxx en el Barrio de los Palmerales solicitándole sus servicios sexuales, a lo que ésta accedió, se marchó junto con ella a un descampado próximo al lugar siendo que al llegar al mismo y tras ser informado por parte de xxxx del coste de los distintos servicios el procesado se negó a abonar cualquier importe, golpeándole fuertemente en el rostro al tiempo que le decía ¿te enteras ya cómo va esto?". Ante tal actitud agresiva y en evitación de sufrir mayor agresión física, Trinidad permaneció inerte al tiempo que el procesado, siendo

consciente en todo momento de la falta de consentimiento de xxxxx a tales actos y en un clima de violencia y sometimiento, la penetró reiteradamente de forma anal y vaginal al tiempo que la golpeaba, hasta que finalmente eyaculó en su boca. No satisfecho con ello, a continuación el procesado le propinó a xxxxxxx un fuerte puñetazo en la nariz, cogiendo su bolso y sustrayéndole su teléfono móvil y un monedero. A consecuencia de éstos hechos xxxxxxx sufrió lesiones consistentes en fractura de huesos propios con inflamación y heridas inciso contusas a nivel nasal, herida inciso contusas a nivel de labio superior y cervicalgia postraumática, que precisaron para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, la aplicación de puntos de sutura, tardando en curar 30 días, reclamando por las mismas así como por los efectos sustraídos y que han sido tasados en 80 euros».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado en esta causa xxxxxxx, como autor responsable de un delito de agresión sexual, otro de lesiones, y otro de robo con violencia e intimidación en las personas, ya definidos, con la concurrencia de la circunstancia agravante de "genero" a apreciar en el delito a) como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

Por el delito de agresión sexual, de 10 años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta. Así mismo la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación por cualquier medio con xxxxxxx durante 12 años y obligación de participar en un programa de educación sexual;

Por el delito de lesiones, de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y así mismo la pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación por cualquier medio con xxxxxxx durante 5 años;

Por el delito de robo con violencia e intimidación en las personas, 2 años y 6 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Así mismo la pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación por cualquier medio con xxxxxxx durante 5 años;

Pago de las costas del procedimiento;

Y como responsabilidad civil el procesado indemnizará a xxxxxxx en la cantidad de 1000 euros por las lesiones, y en la de 80 euros por los efectos sustraídos.

Abonamos al procesado la totalidad de tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad y, en su caso, del arresto sustitutorio.

Conclúyase en, forma la pieza de responsabilidad civil.

De conformidad con el artículo 7.1 e) y 13.1 y 2 de la Ley 4/2.015 de 27 de Abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, requiérase, una vez sea firme la Sentencia a xxxxxxx, en caso «de condena de prisión, si desea ser notificada de los permisos de salida, clasificaciones

de grado y demás resoluciones en trámite de ejecución, que puedan suponer la puesta en libertad del procesado, u otra medida que pueda afectar a la víctima...conforme a las normas vigentes.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días».

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por xxxxxxx, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 23 de enero de 2020 y cuya parte dispositiva es la siguiente: «No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de xxxxxxx contra la Sentencia núm. 657/2019, de fecha 9 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, Sección séptima, en el Procedimiento ordinario núm. 3/2018 dimanante del Sumario nº. 1959/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Uno de los de Elche, la cual se confirma íntegramente. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución».

**CUARTO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de xxxxxx, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por xxxxxxx se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1º.-** Al amparo del artículo 852 LECRIM por infracción del art. 24 CE en relación al derecho a la presunción de inocencia.

**2º.-** Al amparo del artículo 849.2º LECRIM por error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en las actuaciones.

**3º.-** Por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECRIM por indebida aplicación del artículo 22.4ª en relación con los artículos 178 y 179 CP.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de septiembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El primer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar vulneración de la presunción de inocencia.

Considera el recurrente lesionada la garantía de presunción de inocencia, por ser objetable la valoración de la prueba que hace la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia que debe requerirse para configurarla como prueba de cargo que permita la inferencia lógica necesaria para acreditar la culpabilidad de aquel.

Admite la existencia de la relación sexual con la denunciante, pero niega que fuera impuesta violentamente. Argumenta que como medio de pago pactaron ambos la invitación al consumo de sustancias estupefacientes. Que el reconocimiento que efectuó la víctima vino determinado por la composición

fotográfica que preparó la policía en el arranque de la investigación. Y niega cualquier vinculación con las lesiones que aquella presentaba.

1. La delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva se ciñe a cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre, 163/2017 de 14 de marzo, 741/2017 de 16 de noviembre, o la 490/2019 de 16 de octubre, entre otras).

Y desde esta óptica vamos a enfocar la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración.

2. La sentencia recurrida analiza la cuestión desde la perspectiva expuesta. En primer lugar, confirma la regularidad en el proceso de obtención

de la prueba. Descarta que el comportamiento policial en el inicio de las investigaciones pudiera haber inducido de alguna manera la identificación que del acusado realizó la víctima. Según se explica, tras el resultado negativo de la primera fotocomposición que se exhibió a aquella, se repitió la diligencia con varias fotografías de varones, siempre dentro de los rasgos identificativos que ella había proporcionado, entre las que se incluyeron las correspondientes al ahora recurrente, que había sido identificado como autor de una agresión similar producida con unos días de diferencia. Ninguna irregularidad se aprecia en esa actuación policial.

El reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

Tal consideración no implica que las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial no hayan de estar sometidas a determinados presupuestos de método. Existen factores intraprocesales que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores. La diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigieran a los participantes en la identificación cualquier sugerencia o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

Dijimos en la STS 675/2015, de 10 de noviembre, con cita de otros precedentes, que el reconocimiento fotográfico debe hacerse mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí

ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación, aunque no puede prescindirse de las circunstancias concretas del caso. Y ha de tenerse en cuenta, en palabras de la STS 1034/2010 de 24 de noviembre, que la fotografía como medio de identificación en el proceso penal ofrece otras posibilidades, más allá de la tónica de la exhibición prospectiva de álbumes con retratos de personas tomados en sede policial con ocasión de la detención. Y que, al respecto, no se trata tanto de cumplir con un determinado régimen de formalidades tasadas, como de verificar si ese instrumento se ha usado con racionalidad y de un modo que, respetuoso con los derechos de los afectados, asegure la calidad del resultado. O lo que es lo mismo, si en atención a la forma de elaboración del reportaje fotográfico, sus características y la modalidad de uso, permiten otorgar crédito a la determinación de la identidad de aquéllos.

Ya hemos adelantado que, como cumplidamente explicó el Tribunal de apelación, quedó descartado cualquier sesgo en la actuación policial orientado a inducir el reconocimiento por parte de la víctima. A lo que debe añadirse que a esa identificación policial siguió una diligencia de reconocimiento en rueda en sede judicial, a la que ninguna tacha se ha opuesto, y una ratificación de ambas en el juicio oral.

Sentada esa base, el acusado, no niega haber mantenido un contacto sexual con la víctima, del que resulta claramente demostrativo la coincidencia entre los perfiles de ADN suyos y los detectados en las muestras obtenidas de aquella. Aunque sí el contexto violento que la secuencia histórica recrea. Sobre este extremo, las conclusiones probatorias alcanzadas por el Tribunal sentenciador a partir de la declaración de la víctima, que escruta desde el triple prisma que la jurisprudencia de esta sala ha perfilado para atribuir a la misma la suficiente presunción de certeza, ha sido confirmada por el Tribunal de apelación, con una argumentación exenta de cualquier atisbo de arbitrariedad. Se analizó la coherencia del relato y la verificación externa que el mismo obtuvo a partir de la sintomatología que en la denunciante

apreciaron los primeros agentes con los que contactó el día de los hechos, o la revelada por los informes médicos. Los mismos contemplan evidencias físicas compatibles con los episodios que aquella describió, tales como haber sido compelida a mover la cabeza en las prácticas sexuales con fuertes tirones de cabello, o las lesiones en la zona de nariz y boca, compatibles con el fuerte puñetazo que le propinó. Además de su persistencia y la ausencia de causa de incredibilidad subjetiva, que tampoco el recurso alcanza a diseñar.

Nos encontramos en condiciones de confirmar, desde la perspectiva que en casación nos compete, a partir del previo examen que sobre esta cuestión realizó el Tribunal de apelación, que la condena del acusado se ha sustentado en prueba legalmente obtenida e introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio y razonablemente valorada. El juicio de inferencia que se sustenta en aquella se ajusta a los parámetros de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos exigibles para alcanzar una conclusión condenatoria por los hechos objeto de autos. En consecuencia, la denunciada infracción de la presunción de inocencia queda descartada.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO:** El segundo motivo se formaliza con apoyo en el artículo 849.2 LECRIM, sin embargo su planteamiento no se acomoda a los presupuestos de tal cauce procesal, enunciado como «error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obren en autos».

No está de más recordar que la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM es modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que, para que pueda prosperar el motivo, debe afectar a

extremos jurídicamente relevantes, siempre que, además, en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Es necesario que el documento que se dice erróneamente interpretado goce de autonomía probatoria, es decir, que evidencie el error cometido por el órgano encargado del enjuiciamiento al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que, como ya hemos dicho, sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

El planteamiento del motivo no alude a ningún documento que pueda gozar de tales características. Su argumentación se desliza por senderos propios de un motivo de presunción de inocencia, por lo que a lo dicho en el anterior fundamento nos remitimos.

El motivo se desestima.

**TERCERO:** El tercer y último motivo invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación de la agravante de discriminación por razones de género del artículo 22.4 CP al delito de violación de los artículos 178 y 179 CP por el que se condena al recurrente.

Cuestiona la aplicación de la agravante citada, así como que la pena impuesta supere el mínimo legal de seis años para violación; la de dos años para el delito de robo violento por que también se le condena; y la de tres meses por lesiones.

1. Del breve desarrollo que el recurso efectúa del primer inciso de su queja, parece que cuestiona la aplicación la agravante de discriminación por razones de género del artículo 22.4 CP al entender que con ello se ha vulnerado el *non bis in ídem*, porque el delito contra la libertad sexual,

argumenta, puede darse entre hombre y mujer, incluye la violencia física o psíquica y el tipo subsume de antemano aquélla así como la superioridad para conseguir los propósitos sexuales.

El género no es una de las razones tomadas en consideración por el legislador a la hora de tipificar el delito de violación. Los artículos 178 y 179 se proyectan como bien jurídico objeto de protección sobre la libertad sexual, la de las mujeres y la de los hombres, y no incluyen en su redacción típica ningún presupuesto de discriminación, ni por género, ni por ninguna otra razón.

La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 Código Penal añadiendo a la agravante de cometer el delito por motivo de discriminación, la que cristaliza sobre razones de género. Los términos sexo y género aluden a diferentes realidades. Ambos han sido definidos por la OMS: «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». No es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios cuando de discriminación por razones de género se trata, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Desigualdad no sustentada en la condición biológica de la mujer, sino ensamblada en una concepción social sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente se le han atribuido.

Con la incorporación de esta agravación se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Explica el Preámbulo de la Ley 1/2015 que la razón de tal incorporación es que el género , entendido de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo

de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo .

El mismo texto internacional, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, señala en su art. 2º que «el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada»; y, en su artículo 3.d), que se entenderá por violencia contra la mujer por razones de género «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

A partir de tales pautas, como señaló la STS 565/2018, de 19 de noviembre, marcando una línea seguida por otras posteriores, el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. En concreto, su compatibilidad con los delitos contra la libertad sexual, que no incorporan en su descripción típica, ya lo hemos dicho, ningún elemento vinculado al género, queda fuera de toda duda. Así lo refrendó expresamente la STS 99/2019, de 26 de febrero. No olvidemos, en la órbita de lo señalado por el Convenio de Estambul, la violencia sexual, especialmente en el ámbito de víctimas adultas, afecta desproporcionadamente a las mujeres.

El delito de violación de los artículos 178 y 179 del CP por el que el recurrente viene condenado, se construye sobre un ataque a la libertad sexual de la víctima, a la que se impone un contacto consistente en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos

por alguna de las dos primeras vías», utilizando violencia o intimidación para vencer su voluntad contraria al mismo. La jurisprudencia de esta Sala de manera reiterada (nos hacíamos eco de ello en la STS 511/2019, de 28 de octubre con cita de otros precedentes), ha afirmado que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

Desde el punto de vista subjetivo requiere un dolo genérico, es decir, conocer y querer los elementos del tipo, tanto en lo que afecta al medio comisivo que emplea para aniquilar la resistencia de la víctima, como en lo que supone la entidad del acometimiento sexual que protagoniza. Nada distinto.

La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de

papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las practicas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros.

En el supuesto que ahora nos ocupa, los hechos se producen en un contexto de relaciones sexuales a cambio de precio. El holograma que perpetua tradicionales roles de dominación aflora parejo a la negativa del acusado a retribuir los servicios que pretende disfrutar, y yuxtapuesto al violento ataque para conseguir su propósito. La secuencia histórica que el

relato de hechos probados reproduce describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión «te enteras ya cómo va esto» tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal. Los presupuestos sobre los que asienta la agravante cuestionada surgen con nitidez, suficientemente diferenciados y como un plus respecto de los que conforman la tipicidad del delito de violación.

A partir de la concurrencia de la circunstancia agravante apreciada, la determinación de la pena correspondiente al delito de violación, con la limitación que impone el artículo 66.1,3 CP, en ningún caso resulta desproporcionada.

**2.** Lo mismo cabe señalar en relación a las penas impuestas por los delitos de robo violento y lesiones. El recurso no desarrolla infracción de precepto sustantivo alguno, sino que se limita a pedir la imposición de la penalidad mínima legalmente prevista a cada uno de ellos. En ambos casos la pena se ha concretado en la mitad inferior de la prevista para el tipo. Como destaca con acierto el Fiscal, con cita de la SSTS 603/2014, de 23 de septiembre y 52/2017, de 3 de febrero, no existe un derecho del condenado a que su pena sea impuesta en el tramo mínimo de la prevista en el tipo penal, aunque el tribunal debe expresar motivadamente el ejercicio de la individualización de la pena, explicando el porqué de la imposición de la pena

al hecho declarado probado y a la subsunción realizada. Aspectos estos que la sentencia recurrida aborda con suficiente detalle.

El motivo se desestima, y con él, la totalidad del recurso.

**CUARTO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede imponer a los recurrentes las costas de esta instancia.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por xxxxxx, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 23 de enero de 2020 (Rollo 201/19- A).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

