

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE AGGRAVATING
CIRCUMSTANCE OF DISCRIMINATION ON GENDER GROUNDS IN CASES OF
SEXUAL VIOLENCE

Bárbara Monllor Taltavull

Profesora Lectora de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universitat Autònoma de Barcelona

Barbara.Monllor@uab.cat



Recepción: 01/02/2026

Aceptación: 13/04/2026

Publicación: 30/06/2026

Cita recomendada: Monllor Taltavull, Bárbara (2026). La interpretación y aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género en casos de violencia sexual. *Derecho y Género*, 3(1), 56-77. <https://doi.org/10.5565/rev/derechoygenero.63>

RESUMEN

La figura de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios relacionados con el género se interpreta y aplica por el Tribunal Supremo desde el año 2018. En este artículo se expone la aplicación de esta circunstancia durante los primeros años por parte de los tribunales, la discusión existente en la Sala Segunda sobre si podía darse su aplicación en conjunto con los delitos contra la libertad sexual fueran o no pareja autor y víctima, y las incompatibilidades encontradas a posteriori con la reforma del artículo 180.1.4 del Código Penal por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Asimismo, se analiza cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco, en parte, de la terminología jurídica feminista. Vista esta perspectiva, se problematiza desde una perspectiva feminista la interpretación del concepto “género” como “violencia dentro de la pareja” que muestra la jurisprudencia analizada, siendo el mandato del Convenio de Estambul más amplio, quedando en el presente análisis reducido a una concepción de delincuencia contra la mujer por motivos discriminatorios, entendiéndose por mujer, la mujer-esposa.

Palabras clave: agravante de género; jurisprudencia penal; delitos contra la libertad sexual; mujer-esposa; feminismos jurídicos.

ABSTRACT

The aggravating circumstance grounded in discriminatory motives related to gender has been interpreted and applied by the Spanish Supreme Court since 2018. This Article analyzes the earliest decisions in which this aggravating factor was recognized, the debate within the Court's Second Chamber concerning its cumulative application to offenses against sexual freedom, regardless of whether the perpetrator and the victim were in an intimate relationship, and the incompatibilities subsequently identified following the amendment of Article 180.1(4) of the Spanish Criminal Code by Organic Law No. 10/2022 of September 6, on the comprehensive protection of sexual freedom. From this standpoint, the Article critically examines within a feminist perspective the tendency to construe the concept of "gender" as synonymous with intimate partner violence. Such a constricted interpretation departs from the broader mandate of the Istanbul Convention and has resulted in Spanish jurisprudence to a gender-based discrimination of the criminal conduct against women understood primarily as wives or female intimate partners.

Key words: Gender-based aggravating factor; criminal jurisprudence; sexual autonomy offenses; women as wife; legal feminisms

Sumario: 1. Introducción. 1.1. La construcción jurídica del género y la sexualidad. 2. La aplicación desigual de la agravante de género en los delitos contra la libertad sexual. 3. La evolución jurisprudencial. 4. Problemas de aplicación e incompatibilidad. 5. La terminología feminista en la jurisprudencia del TS. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El contenido de aquello que entendemos por "género" ha sufrido una gran transformación de significado desde los años 70 gracias a las aportaciones de la teoría feminista (entre otras, Millett, 1975; Scott, 1986; o Delphy, 1993). El "género" sirve como categoría o herramienta para entender la desigualdad estructural, su afección a las mujeres y personas que difieren de la normatividad identitaria-cultural, y cómo y por qué suceden las discriminaciones. También nos ha hecho entender los estereotipos o los mitos sobre el significado de "que es ser mujer" o qué es devenir "sujeto político" en relación con su realidad cultural.

A nivel jurídico español, el estudio sobre la "mujer" o sobre las "mujeres" en el ámbito penal ha servido para señalar las incongruencias del derecho y para construir las garantías, conformando un amplio debate académico de cómo debería desenvolverse la política pública en base al sujeto político (principalmente, Igareda González y Cruells López, 2014, y Larrauri, 1994, 1994b).

La definición jurídica como tal de lo que se debe entender por “género” solo está integrada en el artículo 3. c del Convenio de Estambul¹, generando una disparidad respecto a la conceptualización que integra la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) en su objetivo del artículo 2¹, al reducir el concepto al ámbito de la pareja varón-mujer. Esta diferencia tiene efectos respecto al campo de la sexualidad de las mujeres, al abordaje de su protección y a la vía de actuación en el ámbito de la política pública para prevenir las violencias sexuales en el ámbito jurídico.

Problematizar el tenor literal de la norma y la discusión jurisprudencial nos ha hecho pensar en vías posibles para alcanzar la libertad colectiva respecto a las vivencias propias de la sexualidad, principalmente respecto a la noción de capacidad para la autonomía. Esclarecedores son las aportaciones de Srinivasan (2022: 198) cuando indica que “todavía no sabemos lo que es ser libres”, puesto que no es meramente una declaración retórica sino una crítica estructural al liberalismo sexual contemporáneo. Muchas teorías actuales del consentimiento y de la justicia sexual presuponen una concepción robusta de la libertad individual que, en realidad, no está garantizada bajo condiciones de desigualdad estructural (género, raza, clase, orientación sexual, capacitismo, etc.). Esta sospecha introduce una tensión fundamental: necesitamos el consentimiento para proteger la autonomía, pero no podemos asumir que la autonomía esté plenamente garantizada. Menos aún si la interpretación y aplicación de los mecanismos de garantía contra la discriminación por razones de género reducen su protección al ámbito de la pareja y no se percibe a la mujer con garantías plenas y materiales de derechos.

El objetivo de este artículo es mostrar la comprensión que otorga el Tribunal Supremo respecto de la circunstancia agravante de discriminación “por razones de género” aplicada a delitos contra la libertad sexual e indagar si existen contradicciones, debates y sesgos que aún postulan la percepción de la mujer en tanto que esposa. También se podría así evidenciar si existe una aplicación que relaciona el término “género” (delincuencia por “razones de género”) con “ámbito relacional” de forma generalizada.

Este artículo ofrece los datos relativos a los delitos contra la libertad sexual de un estudio jurisprudencial cuantitativo realizado previamente en el que se recoge la interpretación y la

¹ Éste indica: “Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”

² Éste 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”

aplicación de la circunstancia agravante por razones de género. Este estudio se ha delimitado mediante los siguientes criterios de búsqueda: órgano (Tribunal Supremo), duración (de enero de 2018 a diciembre de 2024), base de datos (CENDOJ y Aranzadi Instituciones), objeto (la aplicación e inaplicación la circunstancia agravante de discriminación por razones de género), disposiciones de la interfaz (buscador general y buscador por norma), y comandos de búsqueda (“agravante”, “22.4”, “razones de género”, “razón de género” y “género”). La metodología de extracción de datos se ha realizado por las siguientes variables: sexo/género de la autoría y víctimas, edad, ámbito relacional, descendencia, delitos aparejados, características de los hechos enjuiciados, consideración de la circunstancia agravante, aplicación/inaplicación de la circunstancia agravante, fundamentación jurídica, agravación material y penas accesorias aparejadas.

Mediante este estudio cuantitativo, se ha pretendido exponer cómo resuelve la Sala Segunda del Tribunal Supremo el sentido del concepto “género”. Concretamente, en este artículo se exponen los resultados respecto a su aplicación aparejada a delitos contra la libertad sexual, con amplio interés respecto a si la circunstancia agravante objeto del estudio jurisprudencial se aplica dentro del ámbito relacional y qué sucede cuando autor y víctima no ostentan tal relación de pareja.

Así pues, además de ello, se ha aplicado, de forma cualitativa, un análisis del discurso respecto al término “género” y al “ámbito relacional o de pareja”.

En concreto, el contenido de las siguientes páginas se detalla en este orden: 1. Las implicaciones del concepto “género” en legislación internacional e internacional y su interpretación y aplicación por la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, en conjunto con las aportaciones desde la teoría feminista de ese mismo concepto; 2. Cuál ha sido el encaje de la circunstancia agravante por razones de género con delitos contra la libertad sexual, exponiendo así los resultados de la metodología explicada en aras del objetivo general fijado; 3. La evolución y discusión jurisprudencial respecto a su aplicación; 4. Si existen incompatibilidades por las cuales esta circunstancia agravante no se pueda aplicar en conjunto con determinados delitos; y, por último, se realizarán unas conclusiones finales.

1.1. La construcción jurídica del género y de la sexualidad

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reformaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificó el artículo 22 del Código Penal quedando su redacción de la siguiente manera:

Son circunstancias agravantes: 4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad³.

Su exposición de motivos plasma la inserción de la agravante por razones de género haciendo caso al mandato del Convenio de Estambul (nº210 del Consejo de Europa)⁴ por el que se busca reforzar la protección especial a las víctimas de violencia de género y doméstica. El sentido de este refuerzo por el Convenio es la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (*de iure* y *de facto*), lo cual ayuda a prevenir la violencia contra las mujeres. El mismo Convenio de Estambul indica en su artículo 3 que por “género” se entenderán “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” y por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. El Convenio de Estambul junto con la Constitución Española en su artículo 14 y las Leyes Orgánicas 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) y la 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, son los instrumentos legislativos donde los tribunales encuentran sustento normativo para interpretar la aplicación de esta agravante, puesto que son los textos legales y jurídicos específicos en la materia.

Desde la primera sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, en fecha 25 de septiembre de 2018⁵, se ha ido formando contenido jurisprudencial acerca de la agravante por razones de género integrada en el artículo 22.4 del Código Penal. La doctrina académica, por un lado,

³ La anterior redacción era la siguiente: “4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. La redacción actual de dicho artículo es diferente tras haberse producido dos reformas más, la reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, es la siguiente y la reforma por la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Queda así: “4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

⁴ Se denomina “Convenio de Estambul” al 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.

⁵ STS 420/2018, Sala Segunda, de 25 de septiembre.

enlaza el tenor literal de la redacción de la LOMPIVG para proveer una definición de “género” y considera a “la mujer” como único sujeto pasivo (Rueda Marín, 2019; Acale, 2007; Laurenzo, 2015; Maqueda Abreu, 2016, 2017; Seoane Marín y Olaizola Nogales, 2019). Otra parte de la doctrina hace una interpretación conforme a la definición del Convenio de Estambul del concepto “género” (Orejón Sánchez, 2018, 2019), que abarca un significado más abierto y relacionado con papeles socialmente atribuidos a mujeres y a hombres, y que se funda en el principio de igualdad (Díaz López y Peñaranda Ramos, 2013: 313 y Díaz López, 2015) entre las personas, sean cuales sean las condiciones personales.

Mediante la STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto a la LOMPIVG, se postulaba la diferencia conceptual entre la motivación por “sexo” y por “género” indicando que:

Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad (FJ 9º).

Quedó así patente la importancia del ámbito relacional como productor de hechos, situaciones discriminatorias, de violencia o de espacios de desigualdad, siendo esto lo que conforma la violencia de género según el Tribunal Constitucional. Es decir, este entendimiento antes de la inserción de la circunstancia agravante por “razones de género” se ancló a comprender que la violencia por razón de sexo es aquella vinculada a la propia biología de la víctima, la violencia por razón de género sanciona “hechos más graves” conectados con la desigualdad en el ámbito relacional.

Que pudiera operar un entendimiento del concepto “género” conectado con el ámbito relacional como criterio generalizador para la circunstancia agravante por “razones de género” supondría extender una interpretación *sedes materiae* a ámbitos o casuísticas dispares. Si bien aplicar esta interpretación a delitos que específicamente concuerdan con los tipificados por la LOMPIVG es coherente debido al significado que el texto legal otorga, extrapolar el significado de “género” para la circunstancia agravante circunscribiéndola al ámbito relacional conlleva la creación de sesgos normativos. Debemos recordar que la definición indicada que otorga el Convenio de Estambul al concepto “género” abarca tanto las situaciones que puedan suceder en un contexto relacional como otras que tengan que ver con “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta

considera propios de mujeres o de hombres”. Esto comporta entender que la delincuencia “por razones de género” se comete motivada por esta descripción y ha de comprender una concepción de la persona con plenos derechos y garantías (Bodelón, 2010) y no ciñéndola tan solo en cuanto a su ámbito relacional.

La teoría feminista (nos enfocamos en Millett, 1975) ha aportado suficientes argumentos para entender la visión discursiva del Derecho en la categoría mujer-esposa y no en la de mujer-ciudadana. Esta misma confusión se sitúa en el ámbito del entendimiento de la sexualidad. Las aportaciones de los feminismos jurídicos angloamericanos respecto al Derecho y a la sexualidad (se enfatiza la perspectiva de Smart, 1999, pero también de Pateman, 1988 y MacKinnon, 1987, entre otras) nos han evidenciado la función social del Derecho como un mecanismo para la instauración de una moral concreta sobre la sexualidad femenina.

En España, cabe recordar que la tipología de los delitos sexuales estaba relacionada con la protección de la honestidad (el Código Penal de 1973 indicaba que se trataba de “violación y abusos deshonestos”, art. 429 y 430) y que, junto con los delitos de estupro (art. 434, CP 1973) y rapto (art. 440, CP 1973), el perdón del ofendido extinguía la acción penal o la pena impuesta, siempre y cuando se casaran ofendido y ofensor. Por tanto, el bagaje histórico-jurídico instaura una idea de la sexualidad (sea consentida o no) conformada únicamente dentro del matrimonio como figura sacra (pensemos en el delito de adulterio, art. 449 CP 1973).

Dado este marco jurídico no solo resulta pertinente identificar los dispositivos normativos que han configurado históricamente la sexualidad femenina, sino también interrogar las condiciones de posibilidad para su transformación. Esto implica desplazar la mirada desde la mera crítica estructural hacia la exploración de horizontes emancipatorios que cuestionen la matriz jurídico-discursiva dominante.

2. La aplicación desigual de la agravante de género en los delitos contra la libertad sexual

Este estudio jurisprudencial refleja que, de las 153 sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo encontradas mediante las variables expuestas en la explicación metodológica, 88 son las que consideran aplicar o inaplicar la circunstancia agravante por razones de género.

Si dividimos el análisis de las sentencias dictadas en dos períodos, veremos que entre 2018 y 2020 (en un primer período) la aplicación de esta circunstancia agravante por razón de género

en los delitos contra la libertad sexual presenta una incidencia notablemente reducida, así como una distribución desigual en función del contexto relacional entre agresor y víctima. En términos cuantitativos, durante los años 2018 y 2019, dicha agravante únicamente se aplicó a delitos sexuales en un 0,8% (1 sentencia se resuelve por el Tribunal Supremo aplicándola en esos dos años), lo que pone de manifiesto una tímida incidencia pese a tratarse de uno de los ámbitos en los que la violencia razones de género (papeles, sesgos o comportamientos asignados a mujeres u hombres) se manifiesta con mayor intensidad estructural.

Esta tendencia se mantiene en el año 2020, en el que la aplicación de la agravante aparejada a delitos contra la libertad sexual alcanza apenas un 1,6% de las sentencias de la base total (2 sentencias de 88 del total). Aunque el dato supone un ligero incremento respecto al periodo anterior, lo cierto es que evidencia una infrautilización de una herramienta penal concebida precisamente para captar la dimensión de dominación y desigualdad que subyace a muchas agresiones sexuales.

Por otro lado, a partir del año 2021 hasta el 2024 (en un segundo período) observamos de forma generalizada que la tipología de delitos donde se considera la agravante por razones de género es más variada (por ejemplo, se apareja a delitos de allanamiento de morada o de incendio, STS 1171/2024, de 19 de diciembre y STS 413/2021, de 13 de mayo) y se incrementa el número de casos en los que se aplica (se reúne el 84,1% de las sentencias que evalúan la aplicación de la circunstancia agravante por razones de género del total encontradas en la base de datos, siendo 74 de 88 sentencias en total).

La consideración y aplicación o inaplicación de dicha circunstancia agravante relacionada con los delitos contra la libertad sexual, se mantiene del año 2021 a 2023 entre un 3,2-4% de supuestos en los que se considera la misma. Es en 2024 cuando su evaluación se eleva a un 12,7% respecto de su demanda ante el Tribunal Supremo. La aplicación más notoria es en 2024 dado que la STS 776/2024, de 18 de septiembre, aplica 10 veces la agravante en un conjunto de 10 delitos contra la libertad sexual (un 7,9%).

La lectura de los datos se vuelve aún más significativa cuando se introducen variables relativas a la existencia de una relación conyugal, de pareja o análoga entre autor y víctima. De la muestra total (88 sentencias), el porcentaje obtenido respecto a las relaciones conyugales, de pareja o análogas recogidas caso por caso muestra que un 92% de ellos (81 sentencias) constata en los hechos probados que el autor y la víctima tenían o tuvieron una relación de pareja, y se especifica en las sentencias el tipo de relación o la ausencia de la misma, lo que luego es

tenido en cuenta para considerar la aplicación de la circunstancia agravante por razones de género y, en su caso, la de parentesco.

Pues bien, en los delitos contra la libertad sexual, con una perspectiva general, se registran 31 aplicaciones de esta circunstancia agravante (un 24,2% del total) y en 17 de las cuales existe relación conyugal o análoga (un 13,3%) y 14⁶ sin relación conyugal o análoga (10,9%). Respecto a la aplicación, la circunstancia agravante se aplica en un 9,4% de los casos para la totalidad de los años cuando existe dicho vínculo (12 veces), frente a un 3,9% en los que, aun concurriendo la relación, se opta por no aplicarla (5 veces). Este último dato sugiere una cierta reticencia judicial a apreciar la agravante a delitos sexuales en contextos de intimidad, en los que tradicionalmente la violencia sexual ha sido invisibilizada o reinterpretada bajo categorías atenuantes como el conflicto privado, la ambigüedad del consentimiento o la supuesta reciprocidad relacional. Aun así, no se niega que el porcentaje de aplicación es elevado para esta tipología delictual dentro del ámbito de las relaciones de pareja, pero sí se refleja que existe una dificultad aun latente en los órganos judiciales para identificar la violencia sexual más allá del incumplimiento explícito del consentimiento. En este marco, la agravante parece activarse únicamente cuando la desigualdad de poder resulta evidente, explícita o fácilmente narrable y quedan fuera aquellos supuestos en los que la dominación opera de manera más difusa, afectiva o normalizada.

Por el contrario, cuando no existe relación previa entre agresor y víctima, la aplicación de la agravante se dispara a un 10,2% (13 veces), frente a un exiguo 1,6% de inaplicación (1 vez). Esta asimetría revela una pauta interpretativa preocupante desde una perspectiva feminista: la violencia sexual parece ser más fácilmente reconocida como expresión de dominación estructural cuando se produce fuera del ámbito relacional, mientras que pierde densidad política y jurídica cuando ocurre en el seno de relaciones afectivas o análogas. Ello reproduce, de forma implícita, el imaginario clásico en el que la violencia sexual “real” se asocia al agresor extraño y relega a un segundo plano las agresiones cometidas las relaciones de cercanía, de dependencia o de desigualdad emocional.

Desde una perspectiva de política criminal, esta aplicación restrictiva y selectiva corre el riesgo de consolidar una respuesta penal fragmentaria, en la que la protección reforzada depende más del tipo de relación que del significado estructural de la conducta. En este sentido,

⁶ La circunstancia agravante por razones de género se aplica con delitos contra la libertad sexual y en el ámbito fuera de la pareja en 14 ocasiones. Estas se dividen en 4 sentencias donde cabe precisar que en una de estas sentencias había 10 mujeres víctimas de delitos sexuales, lo que implica que la agravante se contabiliza en 10 ocasiones dentro de ese mismo caso.

esta dinámica se inserta en una tensión más amplia entre el feminismo y los operadores jurídicos, pues evidencia que el impulso transformador de la sociedad respecto al Derecho Penal es efectivo siempre y cuando los profesionales del Derecho que operan en los tribunales soliciten y sea perfeccionada su aplicación conforme a su motivación de inserción.

La agravante por razón de género tiene por objetivo reconocimiento y el cambio de la desigualdad estructural. No obstante, su recurso en una interpretación sesgada sobre la mujer y el tipo de relación evidencia que el Derecho Penal aun opera con una noción limitada de la agencia femenina, que oscile entre la plena autonomía liberal y la desprotección de la intimidad.

Es por ello por lo que, los datos analizados manifiestan que la aplicación de la circunstancia agravante por razón de género se interpreta de manera sesgada y condicionada. Ello invita a una reflexión crítica sobre los criterios interpretativos empleados por los tribunales y sobre la necesidad de repensar, desde una perspectiva feminista, cómo lograr el alcance real de las herramientas penales destinadas a combatir la violencia sexual.

3. La evolución jurisprudencial

Cabe prestar atención a dos sentencias que inician la interpretación del TS sobre la posibilidad de aplicar la agravante por razones de género a los delitos contra la libertad sexual. En un inicio, la aplicación de la agravante quedó sometida a que existiera una relación conyugal, ex-conyugal o análoga relación de afectividad entre el autor y la víctima (STS 420/2018, de 25 de septiembre⁷). Más tarde, se sopesa su posible aplicación a ciertos delitos donde no haya necesariamente tal tipo de relación. Es la STS 99/2019, de 26 de febrero, la que cambia el criterio y abre su aplicación a otras personas con las que la persona autora del delito no tenga relación de ese tipo o ninguna relación. La argumentación que efectúa en el fundamento jurídico tercero es que la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal y que inserta la circunstancia agravante por razones de género “no efectúa esa restringida delimitación” (FJ 3º.2), como sí hace la LOMPIVG respecto de los delitos que crea e inserta. Es por eso por lo que su ámbito de aplicación puede comprender las situaciones delictivas más allá del ámbito de la pareja. Aun así, esta sentencia sí admite que la agravante por razones

⁷ Así indica dicha sentencia, que “La agravante por razones de género se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento” (la dominación del hombre sobre la mujer) “y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja lo que le atribuye una evidente especificidad” (FJ 1º.2). Esta sentencia atribuye la aplicación de la agravante de discriminación por razón de sexo a comisiones delictuales fuera de las relaciones de pareja.

de género no puede amparar todo tipo de discriminación por ser la víctima una mujer. En la sentencia se recoge que:

Aunque, por otra parte, la vecina agravación en el mismo artículo del delito motivado por discriminación por razón de sexo, *impide ampliar* la agravante que examinamos a todos los casos en que tal circunstancia en que la víctima sea mujer. La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer *relacionada* socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal (FJ. 3º.2).

Así, es el contenido discriminatorio en el contexto de la relación social entre autor-víctima lo que ha de tenerse en consideración para la concreta aplicación de esta agravante. Un “estatuto social” del que deriva la discriminación y que se establece de forma más específica que el sexo biológico de la mujer y más ampliamente respecto del parentesco compartido. Cuando, dentro de las relaciones de pareja, se revele una consideración de inferioridad por el autor respecto de la mujer como móvil o motivo de la conducta delictiva (FJ. 3º, 3.4) y siendo tal actuación discriminatoria, será preceptiva su aplicación como criterio de corrección de la desigualdad. Y es la conjunción de ambos elementos lo que fundamenta la agravación, pudiendo existir también esta consideración fuera de las relaciones de pareja y separado del parentesco.

En la STS 444/2020, de 14 de septiembre, se argumentó por una de las partes a la Sala Casacional que los delitos contra la libertad sexual que se dan entre hombre y mujer ya subsumen la violencia física o psíquica por esta razón, al igual que la superioridad, por lo que se vulnera el principio de doble valoración (art. 67 CP). Como es conocida en la doctrina penal (por todas, Barja de Quiroga, 2004), este principio, también denominado *non bis in idem*, indica que nadie debe ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción. La sala consolida la aplicación cuando no hay relación de pareja negando que exista una previsión de género en la tipificación de los delitos contra la libertad sexual y que, aunque las relaciones sexuales sí son un ámbito donde han operado muchos estereotipos de género que relegaban a la mujer a mero objeto de procreación o placer, sólo las agresiones sexuales que explicitan un acto de dominio machista merecerán tal agravación. Lo afirma, en su Fundamento Jurídico 3º, de tal forma:

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 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.

Por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo moldeó el objetivo corrector de la desigualdad o discriminación por el cual se utiliza esta circunstancia agravante, siendo que acepta que ocurre en un ámbito de relación autor-víctima del que deriva una discriminación para la mujer relacionada socialmente con el autor del delito, pero negando que exista una previsión de género en los delitos contra la libertad sexual, aunque vengan operando estereotipos respecto a la sexualidad de las mujeres. Para la aplicación de la circunstancia agravante por razones de género cabe probar, en todo caso, un acto de dominio machista.

Por último, otro comentario que cabe realizar respecto a los delitos sexuales a modo de ejemplificación de los elementos requeridos es que la jurisprudencia desde 2021 hasta 2024 inserta el elemento del “aditamento”⁸ (principalmente la STS 650/2021, de 20 de julio, o la STS 999/2021, de 16 de diciembre, pero repetido el concepto en otras sentencias) para aplicar la circunstancia agravante por razones de género. Este elemento de construcción jurisprudencial requiere, como manifestación de la posición de dominio del autor, la necesidad de concretar “una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con un 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” (por todas, la STS 378/2025, de 25 de abril). Esto se ejemplifica en la sentencia 650/2021, de 20 de julio, indicando que, aunque la mayoría de los delitos sexuales responden “al esquema de ataque heterosexual a una mujer” (FJ 15)⁹, cabe la identificación de tal manifestación de desigualdad. Por su parte, la STS 794/2022, de 4 de octubre, hace énfasis en la situación objetiva de desigualdad de género de la víctima y en la manifestación de estereotipos de cosificación de la mujer, “relegándola al papel de mero instrumento de placer” (FJ 5º), precisando esta prueba más allá del mantenimiento de la relación no consentida para la apreciación de la circunstancia agravante en conjunto con un delito sexual. Esta consideración se va a extender en siguientes pronunciamientos (a modo de ejemplo, SSTs 595/2023, de 13

⁸ Por todas, STS 59/2021, de 27 de enero, donde indica que dicho aditamento, “en el caso de la de dominación 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” (FJ 4º).

⁹ Cabe aquí resaltar la inserción de vocabulario de la teoría feminista por parte de la jurisprudencia conceptualizado, por ejemplo, en Wittig (2006) o Butler (2016).

de julio; 605/2023, de 13 de julio; y 722/2023, de 29 de julio, haciendo esta última la apreciación de la exclusión del merecimiento de mayor punición “siempre y por sí mismos” respecto de los ataques a la libertad sexual por el hecho de ser la víctima mujer).

En conclusión, hemos podido vislumbrar que la evolución jurisprudencial que aplica la circunstancia agravante por razones de género a los delitos contra la libertad sexual comienza demandando la existencia de una relación de pareja (o análogas) entre autor y víctima, y, posteriormente, pasa a cuestionar debido a una interpretación de la reforma que la inserta, indicando la jurisprudencia que “no efectúa esa restringida delimitación” y puede aplicarse “más allá de la pareja” (STS 99/2019, 26-02, FJ. 3º.2). Es decir, exista relación de pareja, una relación afectivo-amorosa puntual o sin ella, pueden encajar toda como objeto de aplicación de la circunstancia agravante por razones de género puesto que el supuesto de hecho es la comisión delictiva con la motivación de unos estereotipos de género que suponen un trato desigual o discriminatorio. Así, la jurisprudencia afirma que el ámbito sexual es un ámbito donde operan de forma afluente estereotipos de género, y es por ello por lo que cabe probar el “acto de dominio machista” (STS 444/2020, 14-09) y, posteriormente, un “aditamento” la STS 650/2021, 20-07, entre otras) que suponga una arraigada desigualdad.

4. Problemas de aplicación e incompatibilidad

Teniendo en cuenta lo expuesto al respecto de cómo se ha interpretado y definido el “género” y viendo la disparidad existente con la legislación en materia (así como pudiera ser la LOMPIVG), van a indicarse en este apartado las incompatibilidades encontradas de esta circunstancia agravante con otros elementos insertados por reformas en materia: en primer lugar, con los delitos insertados por LOMPIVG; en segundo lugar, con la reforma que realiza la Ley Orgánica La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS) a los delitos contra la libertad sexual. En concreto con esta última, se hace un análisis exhaustivo respecto a la interpretación y aplicación hallada.

Al insertar la LOMPIVG en su artículo 1 una definición de “violencia de género” y añadir un catálogo explícito de delitos en la parte especial del Código Penal, esta circunstancia agravante por razones de género afrenta problemas de incompatibilidad donde el fundamento sea el ejercicio de violencia como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, ejercida 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.

Muy en concreto, el TS ha asentado la incompatibilidad de la agravante por razones de género (también de la circunstancia mixta de parentesco) respecto a los tipos penales que ya prevén entre sus elementos que exista o haya existido una relación conyugal, de pareja o análoga de afectividad, como son el art. 148.4º, el 153.1, el 171.4 y el 172.2 del Código Penal (por todas, la STS 887/2022, de 10 de noviembre). Ello presenta una lógica dogmáticamente coherente desde la perspectiva del principio *non bis in idem* (Barja de Quiroga, 2004), en la medida en que el TS fundamenta la incompatibilidad de la agravante por razón de género (así como de la circunstancia mixta de parentesco) con determinados tipos penales que ya incorporan la relación afectiva como elemento constitutivo del injusto, a la par que la “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1 LOMPIVG). En este sentido, la tesis del Alto Tribunal descansa en la idea de que no resulta legítimo agravar la pena por una circunstancia que el legislador ha considerado estructural para la configuración del propio tipo penal, pues ello supondría una duplicidad valorativa del mismo hecho.

Y con la referencia expresa desde la STS 565/2018, de 19 de noviembre, es incompatible su aplicación con preceptos como los artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 CP como tipos cualificados en los que la existencia de una relación conyugal, de pareja o análoga no opera como un mero elemento contextual, sino como un factor definitorio del desvalor de la conducta. Desde esta perspectiva, la doctrina jurisprudencial consolidada (ejemplificada por la STS 887/2022, de 10 de noviembre) se inscribe en una interpretación sistemática del Código Penal que busca preservar la coherencia interna del sistema sancionador.

Por otro lado, y lo que es más preocupante, cabe resaltar que nos encontramos que la jurisprudencia, concretamente la del año 2024, empieza a situar otra incompatibilidad. La LOGILS, mediante su disposición final cuarta, modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, respecto a los delitos contra la libertad sexual. Existen 3 sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 228/2024, de 7 de marzo; 390/2024, de 9 de mayo; y 650/2024, de 25 de junio) que barajan una incompatibilidad auspiciada en el principio *non bis in idem*, entre la circunstancia agravante por razones de género y el nuevo artículo 180.1 CP tras la reforma, en su apartado 4º. Este mismo artículo indica:

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179: (...) 4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

La primera sentencia que se pronuncia sobre la incompatibilidad referida, la STS 228/2024, de 7 de marzo, incluye esta incompatibilidad¹⁰ a criterio de la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Esta circular indica de forma muy clara en su apartado 8. 4º:

En otro orden de cosas, debe precisarse que la apreciación de esta modalidad agravada impedirá, en virtud del principio *non bis in idem*, la aplicación de la circunstancia agravante de género del artículo 22.4.ª CP o la circunstancia mixta de parentesco (*vid.* SSTs 65/2023, de 8 de febrero; 887/2022, de 10 de noviembre; 986/2022, de 21 de diciembre; 23/2022, de 13 de enero; 114/2021, de 11 de febrero).

Son SSTs 390/2024, de 9 de mayo y 650/2024, de 25 de junio, las que toman en consideración más concretamente dicha incompatibilidad. Esta línea doctrinal sigue durante el año 2025 con la STS 1183/2024, de 7 de enero de 2025. La STS 390/2024, de 9 de mayo, señala el contenido concreto del tipo agravado de los delitos sexuales “en la relación afectiva semejante a la conyugal, presente o pasada, sino también el elemento “género”” (FJ 2º), por lo que deviene incompatible, siguiendo este criterio también la STS 650/2024, de 25 de junio. De entre las sentencias más recientes, se afirma que “se genera el efecto de inherencia, que impide desbordar en la imposición de la pena la medida de culpabilidad, respecto de la agravante de género (art. 22.4 CP), pues el tipo agravado al que venimos haciendo referencia ya incluye en el fundamento de su agravación que la agresión sexual se proyecte sobre la esposa o mujer” (FJ 2º, STS nº1183/2024, de 7 de enero de 2025).

Cabe aquí sopesar la posible contradicción de esta incompatibilidad mediante una perspectiva que englobe otros factores, como lo pudiera ser que esta misma Sala ha señalado la posible compatibilidad de la agravante de género fuera de las relaciones de pareja, incluso no teniendo tal tipo de relación afectiva (por todas, STS 99/2019, 26-02, o STS 444/2020, 14-09). Ello quiere decir que el elemento que se observa en la aplicación de la agravante por razones de género no es la relación de pareja que se ostente, sino la motivación de dominación machista, esto es, la subyugación y de trato desigual que comporta tal acción. Es por ello por lo que parece discordante que la interpretación de este nuevo factor de agravación del art. 180.1.4 CP sea incompatible con una circunstancia agravante que se ha afirmado que

¹⁰ Esta sentencia no acaba sancionando la incompatibilidad por otros motivos, dado que se alega la aplicación indebida y se considera la pena más beneficiosa, dado que el recurso reclama que la aplicación del art. 180.1.4 C.P. es más beneficiosa en cuanto a la pena que la aplicación del 179 CP con las agravantes de género y parentesco. El fallo desestima el motivo.

va más allá de las relaciones de pareja. Es entendible que sea incompatible con la circunstancia mixta de parentesco, por su fundamentación conyugal, pero no con la violencia sexual que es objeto de este análisis.

Aunque la casuística que se muestra en los casos analizados donde se considera la agravante por razones de género recopila una gran cantidad de hechos probados que se dan en el ámbito relacional y que se aplican también con la circunstancia mixta de parentesco, ello mismo no es razón para trasladar a su significado estas circunstancias y restringir la aplicación de la agravante por razones de género a un tipo penal que se ciñe al ámbito relacional de la pareja sentimental. En otros términos, la aplicación del art. 180.1.4 CP junto con la circunstancia agravante por razones de género no plantea, en principio, incompatibilidad alguna, a diferencia de lo que sucede con la circunstancia mixta de parentesco (recordemos que el artículo 180 CP indica la aplicación de la agravación “Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”). Entender que la agravante por razones de género presupone, en su propia naturaleza, la existencia de una relación de pareja no se corresponde con el criterio de incorporación derivado del Convenio de Estambul y, además, comporta una reducción de la subjetividad de las mujeres a su condición de pareja.

El objetivo principal de LOGILS, en su artículo 1, es “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales”. No existe en la reforma del art. 180.4 CP el elemento parejo que pudiera justificar el *non bis in idem* que ésta integra como sucede con los tipos penales de la LOMPIVG, donde su objetivo sí 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” en las relaciones de pareja. En el caso de la LOMPIVG se puede observar un elemento coincidente por el que sustanciar un *non bis in idem*, que no sucede con la reforma que opera la LOGILS. Esta traslación interpretativa de las SSTs 390/2024, de 9 de mayo y 650/2024, de 25 de junio, de los elementos de la LOMPIVG a la reforma que establece la LOGILS no queda justificada de forma tangible como para indicar que existe una doble imposición si se aplican en conjunto, si más no pueda parecer una traslación interpretativa por circunscribirse en el ámbito del género.

Otro argumento relevante es que este nuevo criterio entra en tensión con las resoluciones previas del TS y genera disfunciones en la construcción doctrinal y en los criterios aplicativos. En lugar de aportar claridad, este giro interpretativo compromete la uniformidad y la cohe-

rencia de sus pronunciamientos. Pensemos que el TS ha avalado la compatibilidad de la agravante por razones de género con la circunstancia mixta de parentesco a través de diferenciar sus elementos. Si el TS ha aceptado la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco con la circunstancia agravante por razones de género por tener diferente motivo de aplicación, no se entiende por qué en esta figura específica genera un *non bis in idem* cuando lo que inserta es la condición de la mujer víctima como “esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. Es decir, esta circunstancia agravante recoge la motivación de la actuación por una dominación machista, por la subyugación y el trato desigual a la mujer, y no por ser o tener la víctima una relación de pareja. Al ser elementos de distinta naturaleza, podemos considerar una contradicción el hecho de observar una doble imposición en esta combinación tipológica. Y, con ello, se muestra que la razón de género queda contaminada por los conceptos incardinados en la LOMPIVG, ya que se restringen al ámbito de las relaciones interpersonales de pareja.

5. La terminología feminista en la jurisprudencia del TS

El impacto de las epistemologías feministas de segunda ola, tercera ola y decoloniales ha supuesto la ampliación del léxico común de la ciudadanía con nuevos conceptos (como género, heterosexual o patriarcal). Con ello se definen, establecen o entienden los ejes de privilegio, opresión o resistencia, culturales, entre las personas (Mohanty, 1988: 334; Hill Collins, 2000: 18). Impacta de forma directa en el uso del lenguaje y la conformación de nuevos códigos de entendimiento y, por tanto, de comprender las dinámicas de relación social y de poder (Lazar, 2014: 182). La trasposición de esta nueva ontología conceptual se refleja en la jurisprudencia analizada hasta el momento de varias maneras.

La inserción de la “violencia de género” en el debate jurídico español ha contagiado el entendimiento de la conceptualización del “género” como intrínsecamente ligado a las relaciones de pareja. Se ha traspuesto como una materia (el “género”) que se relaciona de forma primaria con las conductas discriminatorias sufridas por las mujeres a manos de sus parejas varones. Esta traslación ha operado como una reducción conceptual, en la medida en que el género se ha convertido en una categoría jurídica fundamentalmente asociada a las conductas discriminatorias sufridas por las mujeres a manos de sus parejas varones y, por tanto, que deja en un segundo plano otras manifestaciones estructurales de desigualdad y de dominación.

Esta misma línea es la probada por este artículo respecto a los datos cuantitativos, que nos lleva a traer a colación que es la jurisprudencia penal la que entiende, en su mayoría, que esta motivación discriminatoria por razón de género está adscrita al ámbito relacional con un componente de dominación o subyugación. De este modo, el género opera en la práctica judicial más como un atributo relacional que como una categoría estructural (Scott, 1986), lo que condiciona de manera significativa la aplicación de la agravante y su reconocimiento fuera de los esquemas tradicionales de la violencia en la pareja.

Esta línea jurisprudencial contrasta, sin embargo, con las aportaciones clásicas y contemporáneas de la teoría feminista, que han insistido en que el género no se agota en la relación íntima, sino que constituye un sistema político de organización social (Butler, 2016). Fue Kate Millet quien escribió en 1969 que “el patriarcado se apoya sobre dos principios fundamentales: el macho ha de dominar a la hembra, y el macho de más edad ha de dominar al más joven” (Millet, 1975: 34). Esta idea también la sustentaron, por un lado, Delphy (1993: 5): “Que el género precede al sexo: que el propio sexo simplemente marca una división social; que sirve para permitir el reconocimiento y la identificación sociales de quienes son dominantes y quienes son dominados”¹¹ y, por otro lado, Greenshaw (1991: 1242): “La raza, el género y otras categorías de identidad se tratan con mayor frecuencia en el discurso liberal dominante como vestigios de prejuicio o dominación.”¹²

En esta línea, Rubin (1986: 114-115), quien señala que la organización social del sexo se articula en torno al género, la heterosexualidad obligatoria y la constricción de la sexualidad femenina, de modo que el género no solo asigna identidades, sino que orienta y regula el deseo. Desde esta perspectiva, limitar la violencia por razones de género al marco de la pareja supone ignorar que la dominación masculina opera también a través de normas sexuales, de expectativas de disponibilidad y de jerarquías de deseo que atraviesan tanto el espacio íntimo como el social.

En este contexto, puede afirmarse que la interpretación penal dominante refleja una comprensión parcial del género, al privilegiar su dimensión relacional en detrimento de su carácter estructural. La consecuencia de esta reducción es doble: por un lado, se restringe el alcance de la agravante por razones de género a los supuestos que encajan con un modelo relacional clásico; y, por otro, se dificulta el reconocimiento jurídico de las formas de violencia que, aun

¹¹ La traducción es mía.

¹² La traducción es mía.

no produciéndose en el seno de la pareja, reproducen de manera clara las lógicas patriarcales descritas por la teoría feminista. Así, la distancia entre el marco teórico feminista y la praxis jurisprudencial no solo es conceptual, sino que tiene efectos directos en la política criminal y en los límites de la protección penal frente a la violencia basada en el género.

Y aquí, para finalizar, también cabe recalcar que la jurisprudencia del TS ha recogido aspectos otros conceptos concretos de la teoría feminista. Así sucede con la asunción del machismo (SSTS 23/2022, de 13 de enero, FJ 3º; 917/2023, de 14 de diciembre, FJ 2º) o de conductas machistas como el entendimiento de lo que supone la delincuencia por razones de género. Sucede también cuando se hace uso del significado del término “patriarcal” (STS 980/2022, de 21 de diciembre, FJ 4º), o de relacionar estos comportamientos discriminatorios por razones de género con la realización de un “ataque heterosexual” relativo a delitos contra la libertad sexual (STS 351/2021, de 28 de abril; 650/2021, de 20 de julio; o 722/2023, de 29 de septiembre; y 1035/2024, 14 de noviembre).

6. Conclusiones

El análisis realizado permite constatar que la aplicación de la circunstancia agravante por razón de género en el Derecho Penal español se encuentra atravesada por una comprensión sesgada del concepto “género”. Una interpretación predominantemente derivada de la existencia de una relación social conyugal, de pareja o análoga entre el autor varón y la víctima mujer que procede principalmente de los conceptos arraigados a la LOMPIVG. Esta concepción, ampliamente reflejada tanto en la jurisprudencia como en los datos examinados, reduce el género a una categoría relacional, y obvia su dimensión estructural como sistema de organización social del poder. Esta concepción, que se refleja tanto en la selección de los tipos penales a los que se aplica la circunstancia como en los criterios interpretativos empleados por los tribunales, limita el alcance de la agravante y dificulta su función como instrumento de reconocimiento de la desigualdad estructural que subyace a muchas formas de violencia, en particular en los delitos contra la libertad sexual y el respecto al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Los datos empíricos ponen de manifiesto una aplicación de la agravante en los delitos contra la libertad sexual que refleja una asimetría en función de la existencia o no de vínculo entre autor y víctima. La mayor facilidad para apreciar la agravante en supuestos sin relación previa muestra la persistencia de esquemas interpretativos tradicionales que identifican la violencia

sexual con los escenarios de excepcionalidad. Así, dificulta su reconocimiento en los contextos de intimidad, en donde las dinámicas de dominación tienden a naturalizarse. Esta pauta resulta especialmente problemática en un ámbito, como el de la libertad sexual, donde las dinámicas de dominación se articulan con frecuencia a través de la cercanía, la confianza y la normalización del acceso sexual al cuerpo de las mujeres.

Desde el punto de vista dogmático, vimos que la doctrina consolidada del TS declara la incompatibilidad de la agravante por razón de género con determinados tipos penales que ya incorporan la relación afectiva y los elementos de dominación o subyugación como elemento del injusto, lo cual responde a una lógica interna coherente con el principio *non bis in idem*. Sin embargo, la nueva doctrina TS extiende la incompatibilidad de su aplicación al delito agravado contra la libertad sexual del art. 180.1. 4º CP insertado tras la reforma operada por la LOGILS. Este giro interpretativo se aparta de resoluciones previas del propio Tribunal y plantea un problema para la construcción doctrinal sistemática y los criterios aplicativos. Esta divergencia, por tanto, compromete la uniformidad y la coherencia de sus pronunciamientos y, además, contribuye a desactivar el potencial explicativo, transformador y simbólico de la agravante, al asumir que la dimensión de género queda plenamente absorbida por la tipificación nueva del 180.1.4º CP, sin atender a los criterios previos de la propia Sala (como la compatibilidad entre la agravante por razones de género y la circunstancia mixta de parentesco) y a las formas específicas de dominación sexual que también atraviesan estas conductas dentro de la relación de pareja.

Este desplazamiento interpretativo pone de manifiesto que el género aún opera en la práctica judicial más como un atributo relacional que como una categoría estructural. Ello condiciona de forma significativa la aplicación de la agravante y dificulta su reconocimiento fuera de los esquemas tradicionales de la violencia en la pareja. Esta premisa resulta problemática en la medida en que reduce el alcance del género a la esfera de la relación íntima y que obvia su carácter como sistema de organización social, lo que limita la adecuada aplicación del tipo penal.

Finalmente, el estudio pone de manifiesto que la jurisprudencia ha incluido un vocabulario y una terminología que los feminismos jurídicos han propuesto y tratado extensamente, pero aun así presenta dificultades en la aplicación de la agravante por razón de género en los delitos contra la libertad sexual por una comprensión empobrecida del género y de la violencia sexual en el ámbito jurídico-penal. Superar estas limitaciones exige incorporar de manera más decidida las aportaciones de la teoría feminista, con el fin de avanzar hacia una reconfiguración

más profunda del marco conceptual desde el que el Derecho Penal aborda la violencia por razones de género y la violencia sexual.

7. Referencias bibliográficas

Acale Sánchez, María (2007). El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género. En Patricia Faraldo Cabana (dir.), *Política criminal y reformas penales* (pp. 35-76). Tirant lo Blanch.

Barja de Quiroga, J., & e-libro, C. (2004). *El principio «non bis in idem»*. Dykinson.

Butler, Judith (2016). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós.

Crenshaw, Kimberle (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241–1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

Delphy, Christine (1985). El enemigo principal. En *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos* (p.11-28). LaSal.

Delphy, Christine (1993). Rethinking sex and gender. *Women's Studies International Forum*, 16(1), 1-9. [https://doi.org/10.1016/0277-5395\(93\)90076-L](https://doi.org/10.1016/0277-5395(93)90076-L)

Díaz López, Juan Alberto y Peñaranda Ramos, Enrique (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*. Civitas Thomson Reuters.

Díaz López, Juan Alberto (15 de septiembre de 2015). *La reforma de la agravante genérica de discriminación*. Litigación Penal [Entrada en sección Derecho Penal].

Hill Collins, Patricia (2000). *Black feminist thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. Routledge.

Igareda González, Noelia y Cruells López, Marta (2014). Críticas al derecho y el sujeto “mujeres” y propuestas desde la jurisprudencia feminista. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 30, 1-16. <https://doi.org/10.7203/CEFD.30.4107>

Laurenzo Copello, Patricia (2015). ¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 35, 783–830.

Larrauri, Elena (1994). *Mujeres, Derecho Penal y criminología*. Editorial Siglo XXI.

Larrauri, Elena (1994b). *Mujeres y Sistema Penal: Violencia doméstica*. Editorial B de F.

Lazar, Michelle M. (2014). Feminist Critical Discourse Analysis. In S. Ehrlich, M. Meyerhoff and J. Holmes (Eds.), *The Handbook of Language, Gender, and Sexuality* (2nd ed., pp. 180-199). Wiley-Blackwell.

MacKinnon, Catherine Alice (1987). *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press

Maqueda Abreu, María Luisa (2016). El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015, *Cuadernos de Política Criminal*, (118), 5-42.

Maqueda Abreu, María Luisa (2017). ¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?. En Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou (coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. (p. 703-714). Editorial B de F.

- Millett, Kate (1975). *Política sexual* (Trad. Bravo García, A. M.). Aguilar.
- Mohanty, Chandra (1988). Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. *Feminist Review*, 30(1), 61-88. <https://doi.org/10.1057/fr.1988.42> (Original work published 1988)
- Orejón Sánchez de las Heras, Néstor (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. Universitat de València.
- Orejón Sánchez de las Heras, Néstor (2019). Discriminación por razones de género: el concepto «género» en el ordenamiento jurídico penal español. *IgualdadES*, 1, 159-183. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.05>
- Pateman, Carol (1988). *The Sexual contract*. Stanford University Press.
- Rubin, Gayle (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo. *Nueva antropología*, *Revista Nueva Antropología (México)*, 8(30), 95-145.
- Rueda Martín, M. Ángeles (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*, 21-04, 1-37.
- Scott, J. W. (1986). Gender: A useful category of historical analysis. *The American Historical Review*, 91(5), 1053–1075. <https://doi.org/10.2307/1864376>
- Seoane Marín, María Jéssica y Olaizola Nogales, Inés (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4ª CP). *Estudios Penales Y Criminológicos*, (39). <https://doi.org/10.15304/epc.39.5880>
- Smart, Carol (1999). *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*. SAGE Publications.
- Srinivasan, Amia. (2022). *El derecho al sexo: Feminismo en el siglo XXI*. (Trad. Inga Pellisa) Anagrama.
- Wittig, Monique (2006). *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Egales, Barcelona.