



VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

PROGRAMA DE DOCTORADO
DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género

AUTOR

D. Néstor Orejón Sánchez de las Heras

DIRECTORA

Dra. Paz Lloria García

TESIS DOCTORAL

València, mayo de 2018

INFORME DIRECTORES/AS Y TUTOR/A PARA DEPÓSITO DE TESIS

Director (es) / Codirector (es):

Apellidos y nombre: Lloria García, Paz N.I.F. 24.342.629-G, Departamento/Instituto: Derecho Penal, Centro: Facultad de Derecho,

Directora de la tesis doctoral: "La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género"

de D/Dña. Néstor Orejón Sánchez de las Heras,

estudiante del Programa de Doctorado 3123 Derecho, Ciencia Política y Criminología (RD99/2011) de la Universitat de València, emite informe favorable para la realización del depósito y la defensa de la tesis doctoral.

Fecha: En Valencia, a 2 de mayo de 2018

Fdo.: Paz Lloria García

Directora

**ESCUELA DOCTORAL
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

AGRADECIMIENTOS

A Paz.

A Pablo.

Índice

ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	19

PRIMERA PARTE

El género como razón de discriminación.....	29
--	-----------

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA.....	31
--	----

1 Introducción.....	33
2 La antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida.....	36
2.1 Características básicas de la circunstancia agravante.....	41
2.2 Recapitulación.....	48
2.3 Derogación.....	50
3 El Código Penal de 1995.....	53
3.1 La Ley Orgánica 3/1989.....	54
3.2 El proyecto de nuevo Código Penal de 1992.....	58
3.3 La introducción de la agravante de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico: la Ley Orgánica 4/1995.....	62

3.4	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal...	66
3.5	La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género	71
3.6	La Ley Orgánica 5/2010	75
4	La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015: la introducción de las razones de género en la agravante	79
5	Conclusiones	85

CAPÍTULO II

	LOS CONCEPTOS GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO	89
1	Introducción.....	91
2	Sexo, género e identidad sexual o de género	94
2.1	Sexo-género	95
2.2	Identidad sexual o de género.....	107
3	El concepto de violencia de género.Los diferentes conceptos de violencia de género: concepto jurídico, concepto jurídico penal y otros conceptos.	116
3.1	Evolución histórica del concepto ‘violencia de género’	117
3.1.1	La evolución internacional del concepto de violencia de género.....	118
3.1.2	La evolución del concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico penal español.....	130
3.2	La falta de un concepto unitario de violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico y la determinación del mismo en el ordenamiento jurídico penal.....	139
4	Recapitulación y toma de posición: el concepto ‘razones de género’	145

SEGUNDA PARTE

La discriminación como motivo de agravación 157**CAPÍTULO I**

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y VIOLENCIA DE GÉNERO 159

1	Introducción.....	161
2	El derecho penal del enemigo.....	164
2.1	El surgimiento del Derecho penal del enemigo.....	165
2.2	Enemigo <i>vs.</i> ciudadano.....	172
2.3	Características del Derecho penal del enemigo.....	179
3	Crítica al Derecho penal del enemigo.....	190
4	La lucha contra la violencia de género desde el derecho penal del hecho.....	204
4.1	Medidas cautelares.....	205
4.2	Principios de igualdad, culpabilidad y presunción de inocencia.....	211
4.3	Recapitulación.....	217

CAPÍTULO II
 APROXIMACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS
 AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL 221

1	Introducción.....	223
2	Planteamiento general.....	224
3	Fundamento.....	230

4	Naturaleza jurídica.....	237
5	Estructura de las circunstancias agravantes	247
6	Aplicación: comunicabilidad, error e incompatibilidad	251
6.1	Comunicabilidad de la circunstancia entre los sujetos intervinientes.....	252
6.2	El error sobre la circunstancia agravante	259
6.3	Incompatibilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	261
6.3.1	Incompatibilidad y <i>non bis in idem</i>	262
6.3.2	Incompatibilidad específica de las circunstancias agravantes	269

CAPÍTULO III

LA AGRAVANTE GENÉRICA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO: FUNDAMENTO, NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS.....

1	Introducción.....	279
2	En torno al fundamento de la agravante	281
2.1	El incremento del injusto como fundamento de la agravante. 282	
2.1.1	Aproximación a la teoría del injusto	283
2.1.2	El injusto y la agravante de discriminación.....	287
2.2	La mayor culpabilidad del autor como fundamento de la agravante	292
2.2.1	Aproximación a la teoría de la culpabilidad	292
2.2.2	Culpabilidad y la agravante de discriminación.....	295
2.3	Toma de posición	297
3	En torno a la naturaleza jurídica de la agravante.....	302

4	Los elementos concurrentes en la agravante de discriminación por razones de género.....	306
4.1	Elemento objetivo.....	307
4.2	Elemento subjetivo.....	317
5	Toma de posición.....	320

TERCERA PARTE

	Aplicación de la agravante genérica de discriminación por razones de género.....	327
--	---	------------

CAPÍTULO I

	COMUNICABILIDAD Y RELACIONES CONCURSALES.....	329
1	Introducción.....	331
2	Comunicabilidad.....	332
3	Compatibilidad e inherencia.....	340
3.1	Concurso de normas entre distintas circunstancias.....	341
3.1.1	Discriminación múltiple e interseccional.....	342
3.1.2	Discriminación por razón de sexo.....	345
3.1.3	La circunstancia mixta de parentesco.....	348
3.1.4	Abuso de superioridad.....	360
3.2	Principio de inherencia: la agravación genérica y los tipos básicos.....	365
3.2.1	Los delitos de violencia de género.....	367
3.2.2	Los delitos de odio.....	375

3.2.3	Otros delitos: inherencia tácita (art. 67 CP).....	386
3.2.3.1	El delito de matrimonio forzado o forzoso	388
3.2.3.2	El delito de mutilación genital.....	392
3.2.3.3	El delito de trata de personas.....	396

CAPÍTULO II

FIGURAS GÉNERO-ESPECÍFICAS VS. AGRAVANTE GENÉRICA EN LA PROTECCIÓN A LAS MUJERES.....	403
--	-----

1	Introducción.....	405
2	Tratamiento en el Derecho comparado.....	408
2.1	Algunos ejemplos en el marco del Consejo de Europa.....	408
2.1.1	Italia.....	410
2.1.2	Francia.....	414
2.1.3	Portugal.....	419
2.2	Algunas legislaciones latinoamericanas.....	423
3	Protección a las mujeres mediante figuras género-específicas	438

Conclusiones	451
---------------------------	-----

Apéndice jurisprudencial.....	469
Bibliografía consultada	479

Abreviaturas

Abreviaturas

AAVV	Autores varios
ADPCP	Anuario de derecho penal y ciencias penales
AG	Asamblea General
BOCG	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDAW	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CENDOJ	Centro de documentación judicial del CGPJ
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJ	Consultor Jurídico
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
coord.	Coordinador
coords.	Coordinadores
dir.	Director
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
ed.	Editor
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
LO	Ley Orgánica
ONU	Organización de Naciones Unidas
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos
RGDP	Revista General de Derecho Penal
Stc.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

Introducción

Introducción

El ordenamiento jurídico penal español ha experimentado una importante evolución en materia de igualdad y, más en concreto, en relación con la igualdad de género. No quedan tan lejos en nuestro texto punitivo las figuras típicas que incrementaban el castigo a la mujer o que tipificaban determinadas conductas de esta solo en atención a cuestiones morales, por motivos de honor y para el mantenimiento de los roles socialmente establecidos a hombres y mujeres, y que resultaban contrarias al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española. Así, por ejemplo, esta diferencia podía comprobarse, hasta 1978, en la regulación de los delitos de adulterio y amancebamiento¹, siendo que la mujer casada era castigada por el primero de ellos con la pena de prisión menor cuando había yacido con un varón distinto a su marido, mientras que el hombre casado era

1 Destipificación del delito llevada a cabo mediante Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

sancionado con la misma pena pero exigiendo que “tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella”², esto es, no por un acto de adulterio ocasional³.

No obstante, y pese a que la igualdad se constituye como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Española, permanecen en la actualidad actitudes y comportamientos machistas que pretenden mantener la separación dicotómica de la sociedad entre hombres y mujeres, asignando una serie de roles preestablecidos a cada uno de ellos y mantenien-

2 Capítulo VI, del Libro II del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre:

“Art. 449. El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 450. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado.

Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos.

Art. 451. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.

Art. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor.

La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro.

Lo dispuesto en los artículos 450 y 451 es aplicable al delito castigado en el presente respecto a la mujer agraviada”.

3 En relación con el tratamiento de la mujer en los Códigos Penales españoles resulta de interés Cruz Blanca, María José: “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal” en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, editorial Edersa, Madrid, 2002, págs. 19 a 52.

do la sumisión de estas a los varones. Conductas que, en ocasiones, y con el fin de preservar estos valores tradicionales, afectan a bienes jurídicos protegidos como la integridad física, la libertad, la vida, etc., y fundamentalmente a las mujeres en el ámbito de la pareja o expareja⁴.

Estas acciones reflejan que la desigualdad existente aún no es consecuencia de una diferencia biológica de los sujetos, sino fruto de una construcción social de los géneros. De este modo, “la violencia contra las mujeres ha evidenciado su efectividad para corregir la transgresión y garantizar la continuidad de un orden tradicional de valores impuesto por razón de género”⁵.

Esto ha supuesto que el legislador, fruto de la evolución social en esta materia, haya introducido en el Código Penal distintos mecanismos de lucha contra la violencia familiar y de género, siendo que, como indica MIR PUIG, “el Estado *social* impone concebir el derecho penal como instrumento activo de la lucha *eficaz* contra el delito”⁶. En defi-

4 Basta comprobar a tal efecto las estadísticas judiciales efectuadas para el 2017 por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género en relación con las denuncias, condenas y órdenes de protección o medidas cautelares dictadas por los órganos judiciales en todo el Estado español y que puede comprobarse en la URL: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2017> (enlace web comprobado en fecha 1 de abril de 2018).

5 Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* número 08-02 (2006), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2006, pág. 5.

6 Mir Puig, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, colección Maestros del Derecho Penal, 2ª edición, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 291.

nitiva, aunque el legislador siempre llega tarde a los cambios que experimenta la comunidad, “el ordenamiento jurídico se hace eco del cambio social y lo refleja. El cambio social, bien sea tecnológico, bien sea ideológico, determina un cambio en el ordenamiento jurídico. No es que el ordenamiento jurídico deba cambiar. Es que ha cambiado ya. Cuando el legislador acomete una reforma, cumple una función notarial: constata o da fe de algo que ha ocurrido ya. Y cuando el legislador permanece inmóvil, no hace otra cosa que facilitar los instrumentos espontáneos de reajuste de la vida social (interpretación de readaptación)”⁷.

No obstante, esta necesidad se ha reflejado mediante un gran número de reformas legislativas llevadas a cabo en poco tiempo, sin la debida reflexión, a menudo de manera no acertada y sin el efecto que inicialmente se pretendía. En definitiva, “la gravedad de la violencia de género no explica la errática, voluble y hasta frívola política criminal de nuestro país, incapaz de frenar el aparente crecimiento de la violencia de género y a la vez creyente a ciegas en la magia de los simples cambios legislativos como exclusivo mecanismo de solución de los problemas sociales”⁸.

7 Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición, editorial Ariel, Barcelona, 1999, pág. 310.

8 González Cussac, José Luis: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en AAVV, Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, 1ª edición, editado por el Servei de Comunicació i Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 417.

Esta “escalada normativa”⁹, tal y como BOIX REIG la califica, ha tenido su último reflejo en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal e introduce, en la circunstancia agravante genérica de discriminación regulada en el artículo 22.4^a, las razones de género como uno de los motivos contenidos en el listado *numerus clausus* de dicho precepto. Reforma que, como su propio Preámbulo indica, tiene su origen en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011, ratificada por España (Convenio de Estambul)¹⁰.

El objeto del presente trabajo se centra en el estudio de esta concreta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal partiendo de los principios informadores del Derecho Penal y la teoría jurídica del delito, dado que la alarma social que se haya podido generar en relación con estas infracciones penales como consecuencia de su reiteración, no debe hacernos olvidar los fundamentos del ordenamiento jurídico penal en un Estado social y democrático de Derecho.

Para ello, y antes de entrar en la estructura y fundamento de la propia agravante, con el fin de poder determinar a qué se refiere el tipo pe-

9 Boix Reig, Javier en el prólogo a AAVV, Boix Reig, Javier y Martínez García, Elena (coord.): *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2005, pág. 20.

10 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, ratificado por España el 10 de abril de 2014, publicado en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, y en vigor para nuestro país desde el 1 de agosto de 2014.

nal, el trabajo empieza con una primera parte que tiene como fin concretar el concepto “razones de género” introducido en la circunstancia genérica. En primer lugar, se ha efectuado el estudio de la evolución histórica del género como motivo de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico penal, desde la antigua agravante consistente en el desprecio del respecto que por su sexo merece la persona ofendida, hasta la reforma legal que da lugar a la actual circunstancia. A continuación, el segundo capítulo, ante la inexistencia de un concepto unitario de género y violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico, se adentra en la valoración de los distintos términos relacionados con estos conceptos que han sido objeto de regulación en tratados o convenios internacionales o de introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Hay que tener en cuenta que, como indica Díez-Picazo, la gramática, o la interpretación gramatical, supone “una investigación previa a la verdadera y genuina interpretación”¹¹.

Determinado a qué se refiere el legislador con la discriminación por razones de género, la segunda parte viene a concretar el fundamento, la naturaleza jurídica y los elementos que deben concurrir para poder aplicar la agravante genérica. En definitiva, el estudio de la circunstancia desde la teoría jurídica del delito. No obstante, para ello, se ha efectuado inicialmente una incursión en las teorías sobre el Derecho penal del enemigo, dada la relación que la doctrina ha llegado a establecer al respecto, y que conllevaría admitir unos principios del Derecho ajenos a los que corresponde a un Estado social. Paso previo a realizar una aproximación a la teoría general de las circunstancias agravantes

11 Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho...*, cit, pág. 261.

que concrete la teoría dogmática que se asume en el presente trabajo y que va a tener su efecto en la concreción del alcance de la figura típica.

Por último, la tercera parte, antes de concretar las necesarias conclusiones extraídas en el presente trabajo, se han tenido en cuenta determinados problemas o extremos a tomar en consideración en la aplicación práctica de la propia circunstancia. Esto es, en primer lugar, se ha realizado el estudio de la comunicabilidad entre los distintos partícipes del delito y la compatibilidad y la inherencia con otras circunstancias o en relación con algunos delitos, respectivamente. Y, en segundo lugar, y dado que en el Código Penal concurre junto con la circunstancia agravante genérica tipos o figuras género-específicas en materia de violencia de género, se ha llevado a cabo una valoración respecto a la conveniencia de mantener dicha dualidad.

Con todo ello, se cierra un estudio que pretende, de manera crítica y desde un enfoque dogmático penal, realizar un amplio análisis de la circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género atendiendo a los principios básicos y generales de nuestro ordenamiento jurídico penal, así como a su encaje en el resto del texto punitivo.

PRIMERA PARTE

El género como razón de discriminación

CAPÍTULO I

Antecedentes legislativos y tramitación parlamentaria

Antecedentes legislativos y tramitación parlamentaria

1

—

Introducción

El estudio de los orígenes o antecedentes legislativos y la tramitación parlamentaria de un tipo delictivo o, como en este caso, de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, resulta de interés a efectos de la posible interpretación que pueda darse al concreto articulado; en este caso, al art. 22.4^a. No debemos olvidar la importancia de la exégesis histórica o evolutiva de una norma y que nos ayuda a comprender la voluntad del legislador y nos ofrece herramientas interpretativas en el momento actual de dicha disposición¹². Como indica LUZÓN PEÑA,

12 En este sentido DÍEZ-PICAZO nos indica que “el estudio y el análisis de los documentos y, en su caso, de los testimonios relativos a los trabajos de preparación y las exposiciones de motivos pueden proporcionar para ello datos de inestimable valor.

“este método consiste en atender a los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior (a veces a varias consecutivas), si la había, y su comparación con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos o memorias de la propia ley. La interpretación histórica [...] sirve sin duda de refuerzo a otros criterios, y en algunas ocasiones puede ser la clave para la comprensión de preceptos cuyo significado pueda resultar dudoso o contradictorio, al menos aparentemente, con otro”¹³.

La agravante genérica de la responsabilidad criminal de discriminación por razones de género, que se recoge en el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código Penal, se incorpora por primera vez en el vigente código mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; norma que en su artículo único, epígrafe 14, cambia la circunstancia cuarta de este precepto de modo que incluye las “razones de género” entre las mo-

Del mismo modo, los antecedentes –los textos anteriores, las leyes anteriores– podrán esclarecer la voluntad que ha guiado la ley posterior, calibrando en qué medida el legislador se mantuvo fiel a tales precedentes, o trató de desviarse de ellos o de modificarlos”. Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho...*, cit, pág. 255.

Del mismo modo CUELLO CONTRERAS refiere que este criterio de interpretación “pretende indagar cuál fue la voluntad del legislador que promulgó la ley (en este sentido se habla de interpretación subjetiva, en oposición a las demás u objetivas), contrastándose, así, la voluntad del legislador y de la misma ley”. Cuello Contreras, Joaquín: *El Derecho Penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del Derecho*, 3ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 225.

13 Luzón Peña, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1ª edición (5ª reimpresión), editorial Universitas, Madrid, 2007, pág. 166.

tivaciones del autor para cometer los hechos que pueden ser objeto de agravación de la pena y que se conforman por un listado *numerus clausus* de factores internos del sujeto activo que determinan su acción delictiva.

Como tendremos ocasión de comprobar, la inclusión de esta agravante genérica venía siendo demandada, bien con carácter sustitutivo o bien con carácter complementario, respecto a los tipos género-específicos que se regularon con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Puede parecer que nos encontramos ante una agravación genérica de la pena que carece de antecedentes legislativos previos relevantes y que es fruto de la evolución legislativa existente en materia de violencia de género como consecuencia de una mayor sensibilidad del legislador a este problema y mayor presión por los movimientos feministas¹⁴. Sin embargo, durante toda la codificación penal española hasta la aprobación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, existió una agravante

14 SILVA SÁNCHEZ se refiere a determinados colectivos sociales, entre ellos los movimientos feministas, como “atypische Moralunternehmer” (que se traduce como atípicos empresarios de la moral, es decir, gestores de la moral colectiva), y afirma que los mismos encabezan “la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses”. Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, editorial Civitas, Madrid, 2001, pág. 67.

En este sentido, GARCÍA ARÁN se refiere a los “lobbys de víctimas (terrorisme, violència masclista, accidents de trànsit), que pressionen sobre els poders públics demanant un enduriment penal”. García Arán, Mercedes: “El discurs mediàtic sobre la delinqüència i la seva incidència en la reforma penal”, en *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 18, Barcelona, 2009, pág. 43.

relacionada directamente con el rol de género de la persona ofendida que puede tener algunas similitudes, aunque también importantes diferencias, con la agravación objeto del presente trabajo. El análisis de dicha agravación, así como sus interpretaciones, el desarrollo jurisprudencial que tuvo y los motivos de su, finalmente, derogación, resulta de utilidad para poder realizar una exégesis completa de la actual agravación.

Por ello, en el presente capítulo se va a realizar un estudio de la antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, especialmente a la configuración que tenía la misma atendiendo a su valoración jurisprudencial. Y a continuación, se procederá al estudio de la evolución legislativa del artículo 22.4ª del Código Penal, valorando la tramitación parlamentaria de cada una de las reformas que han afectado a su actual configuración.

2

—

La antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida

Aprobada la que fue la primera Constitución Española en el año 1812, y elegidas con base en la misma las Cortes de 1820, se inició un proceso de codificación con el fin de solventar los problemas que suscitaba la existencia de una pluralidad de leyes penales como la que había

hasta ese momento. Proceso de codificación fruto de la previsión contenida en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, que literalmente indicaba que “El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Con ocasión de dicho proceso se decretó por las Cortes el primer Código Penal de la historia de España en fecha ocho de junio de 1822¹⁵. Esto suponía, no una mera recopilación de las normas penales existentes con anterioridad, sino la elaboración de un texto completo que regulara toda la materia relacionada con el Derecho Penal objetivo, si bien el mismo tuvo una vigencia corta e incluso sobre la que se han planteado dudas¹⁶.

15 La idea codificadora en materia penal se había iniciado en toda Europa ya en el último tercio del siglo XVIII fruto de la Ilustración, y se considera que oficialmente empieza dicha actividad en España con ocasión de la contestación Real de Carlos III en fecha 25 de septiembre de 1770 a una consulta que el Consejo había efectuado sobre un expediente acerca de la fuga de los condenados en los presidios de África. Consecuencia de todo ello fue el primer proyecto de Código Criminal (que no se limita a la parte sustantiva del Derecho Penal sino que también contempla disposiciones procesales) de 1787 que finalizará sin aprobación (lo último que se conoce de él data del 13 de febrero de 1789 en relación a la sustitución de la persona encargada de su redacción). Para una mayor profundidad en relación a los precedentes del primer Código Penal, y por exceder de la pretensión histórica del presente trabajo, me remito a Casabó Ruiz, José Ramón: “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787” en *ADPCP*, tomo 22, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1969, págs. 313 a 342; y a Antón Oneca, José: “Historia del Código penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 18, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1965, págs. 264 a 267.

16 Como consecuencia de la *vacatio legis* que el propio texto reconocía, su vigencia formal se inicia el 1 de enero de 1823, si bien se plantearon problemas en su aplicación (carencia de los textos en las respectivas Audiencias, inexistencia del Jurado que preveía el código, inadecuación de los establecimientos penales, etc.) así como intereses

Ese primer Código Penal de 1822 contemplaba en su artículo 106 una serie de circunstancias agravantes que, con carácter general, resultaban de aplicación “en todo delito o culpa” y una de ellas, en concreto la novena, consistía en reconocer como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal “la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida”¹⁷. Esta agravante se limitaba a los delitos contra las personas y al referirse al sexo lo hacía únicamente respecto a la mujer de manera exclusiva, y sin añadir ningún elemento adicional.

Los Códigos Penales posteriores vendrán a reproducir la necesidad de agravar las penas por atentar contra el sexo femenino si bien de una manera distinta. Esto es, por un lado eliminando la delimitación expresa

políticos en favor de suspender su entrada en vigor (especialmente la oposición de los liberales a la inclusión en el texto penal de castigos por los motines o “asonadas” que el código castigaba); por lo que aunque consta la existencia de resoluciones judiciales en los inicios de 1823, su aplicación fue irregular y su derogación temprana (aunque formalmente se deroga el 1 de octubre de 1823, ya previamente se había dejado sin efecto conforme los absolutistas iban triunfando en los distintos territorios).

Resultan de interés para conocer la vigencia del Código Penal de 1822 Antón Oneca, José: “Historia del Código penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 18, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1965, págs. 263 a 278; y Casabó Ruiz, José Ramón: “La aplicación del Código penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 32, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, págs. 333 a 344.

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

en su aplicación a los delitos contra las personas¹⁸ y, por otro lado, añadiendo elementos que precisamente justifican que estemos hablando de género y no de sexo, pese a que el texto normativo se refiera únicamente a este último. Así, en el Código Penal de 1848, reformado en 1850, se contempla en el artículo 10, epígrafe 20^o, la circunstancia agravante consistente en “ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”¹⁹. De manera literal, o casi literal, se reproduce esta circunstancia en los posteriores códigos penales de 1870²⁰, 1928²¹, 1932²², 1944²³ y 1973²⁴. En estos códigos podemos

18 Tendremos ocasión de comprobar en el presente análisis histórico cómo la delimitación de la agravante a una serie de delitos (los delitos contra las personas o los delitos contra las personas y los bienes) o la aplicación general de la misma será un debate constante incluso en el momento de su incorporación al vigente Código Penal.

19 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 20^a Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada cuando él no haya provocado el suceso”.

20 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 20.^a Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada, cuando no haya provocado el suceso”.

21 Artículo 66: “Agravan la responsabilidad las circunstancias siguientes: [...] 10. Cometer el delito faltando a los deberes o respetos que, por la dignidad, edad o sexo, mereciese el ofendido, o en su morada, cuando no haya provocado el suceso”.

22 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 15. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

23 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 20.^a Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada cuando él no haya provocado el suceso”.

24 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 16.^a Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese

comprobar que ya no se hace referencia al sexo de la persona ofendida de una manera genérica, sino que hace referencia al “desprecio del respeto que por [...] sexo mereciere el ofendido”, pero además, y a la vista de su propia literalidad, aunque los referidos preceptos no reconocían el género como motivo de agravación sino que se refieren al sexo del sujeto pasivo del delito, no se está remitiendo el legislador a este como mero elemento biológico de la persona agraviada, sino que hace referencia a la dignidad que merece el sexo de la persona, lo que sin duda alude a una categoría sociológica o sociocultural, esto es, al papel socialmente construido y asignado a la mujer desde una perspectiva patriarcal de ordenación de los sexos y al respeto o dignidad que dicho papel merece. Hay que tener en cuenta que, como indicaremos en el capítulo siguiente, la diferenciación entre sexo y género surge en la segunda mitad del siglo XX, a partir de los años 70, y aún tardará en incluirse este concepto en las legislaciones, por lo que es lógico entender que estas agravaciones, reconocidas legalmente antes de dicha fecha, hagan referencia exclusivamente al término sexo y no al de género.

En este sentido el propio Tribunal Supremo concluyó en relación con esta agravante en multitud de ocasiones que aunque inicialmente “tuvo su fundamento en la razón de amparar la debilidad física de la mujer, para más tarde justificarlo atendiendo al respeto y consideración a que la mujer es acreedora por su posición preeminente en el entorno social y en el orden familiar”²⁵.

el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

25 Stc. núm. 1103/1978, de 20 de diciembre, dictada por la Sala 2ª del TS, siendo ponente D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara. EDJ 1978/1625.

2.1

—
CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

A lo largo de la vigencia de la agravante de desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, el Tribunal Supremo vino estableciendo la configuración o las características básicas de la misma determinando así su justificación, elementos, situaciones en las que no resultaba de aplicación quedando así excluida, etc. Circunstancias que, como veremos, nos llevan a entender que efectivamente la agravación guarda relación directa con el concepto de género y no de sexo.

En cuanto al fundamento de la agravación, que se justifica en una mayor antijuridicidad de la conducta del sujeto activo basado en una protección superior del sujeto pasivo, el propio Tribunal ha mantenido hasta tres posicionamientos distintos; así, en ocasiones ha concretado el fundamento en las circunstancias físicas y de debilidad de la mujer²⁶, en otras ha expresado que lo que motiva la agravación se encuentra en el papel que ocupa la mujer en la sociedad y en la familia²⁷ llegando a referir al respecto el Tribunal Supremo que esta pro-

26 Así, en Sentencia de 3 de febrero de 1970, dictada por la Sala 2ª del TS, determinó que la agravante resultaba de apreciación para el supuesto concreto “por el respeto y la consideración siempre debidos a la mujer y a su mayor debilidad física, especialmente en el supuesto contemplado por encontrarse el agente en pleno vigor físico y ser la lesionada de edad mucho más avanzada”.

27 De este modo, en Sentencia de 22 de mayo de 1954, dictada por la Sala 2ª del TS, concluye que “esta circunstancia que como uno de sus incisos delimita el número 16 del artículo 10 del Código Penal contrayéndola a ejecutar el hecho con desprecio del

tección se basaba en “brindar a la mujer los máximos honores que le son debidos por el preeminente lugar que ocupa en la vida familiar y social”²⁸; y, en otras resoluciones, ha mantenido un fundamento mixto entre ambas justificaciones²⁹. No obstante entiendo que son diversos los motivos por los que debe concluirse que el fundamento por el que el legislador decidió incrementar la pena en este supuesto no guarda relación con la inferioridad física de la mujer sino con el fundamento del respeto hacia la dignidad familiar y social, esto es, el debido respeto que merece la mujer por su lugar en la sociedad y en la familia, o como indica el propio Tribunal Supremo “por lo que simboliza y representa en la esfera ética y en la familia”³⁰. Dicha conclusión puede extraerse a partir de distintos elementos o circunstancias concurrentes. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la debilidad del sujeto pasivo es objeto de agravación específica por medio de la circunstancia consistente en ejecutar el hecho mediante abuso de superioridad (artículo 10.8ª si nos remitimos al Código

respeto que por su sexo mereciera el ofendido, encuentra su fundamento natural y jurídico no sólo en amparar la debilidad física de la mujer, sino más principalmente aún en mantener el respeto y consideración a la que por serlo es acreedora por lo que simboliza y representa en la esfera social y familiar”.

28 Stc. del TS, Sala 2ª, número 37/1978, de 13 de abril. EDJ 1978/851.

29 Un ejemplo de esta pretensión de establecer un fundamento mixto que aúna ambos posicionamientos lo podemos encontrar en la Sentencia de 29 de mayo de 1948, dictada por la Sala 2ª del TS, que aprecia la concurrencia de la “circunstancia agravante de respeto debido al sexo que merecía la ofendida y ese ataque físico de ella que hizo objeto, no sólo envuelve una falta de respeto y consideración que a la mujer le es debido por su debilidad física y que la inferioriza en su defensa frente al hombre, sino que también vulnera los respetos que le son debidos por razón del lugar que ocupa en la vida social y muy especialmente en el orden familiar”.

30 Stc. del TS, Sala 2ª, número 999/1980, de 3 de octubre. EDJ 1980/2224.

Penal de 1973³¹), de modo que el Tribunal Supremo determinó que ambas agravaciones eran compatibles entre sí³². Pero además, en segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia literalidad del precepto por el que se incrementa la pena, en el que se hace expresa referencia no a una debilidad física, sino a la dignidad del sexo de la persona ofendida.

En este sentido, GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY y MONTALBÁN HERRANZ, al justificar la necesidad de esta agravante y de un incremento de la pena, en relación con la mujer, hacían referencia no a su debilidad física, a la que sí se remitían cuando se aplicaba a hechos en los que el sujeto pasivo era una persona anciana, sino a la ofensa que se producía a la propia sociedad, e indicaban que la “naturaleza nos inspira sentimientos de respeto al anciano, de deferencia á la muger, y de cariño á la niñez, y la sociedad ha establecido respeto á las personas constituidas en dignidad por razón de su importancia social, y generalmente en consideración á los servicios que han prestado ó prestan al Estado. El que al cometer un delito falta á estas justas consideraciones, ó abusa de la fuerza en el primer caso, ú ofende más gravamente en el segundo á la sociedad hiriéndola en

31 Artículo 10: “Son circunstancias agravantes: [...] 8.ª Abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa”.

32 En este sentido la Sentencia del TS, Sala 2ª, número 37/1978, de 13 de abril [EDJ 1978/851], indica que: “con independencia de haber sido desestimado el abuso de superioridad, éste es correctamente compatible con la ofensa al sexo, por ser circunstancias independientes y a veces innecesarias para la realización del delito, que, aparte de la alevosía pueden constituir por sí solas agravantes (sentencias de 13 de enero de 1893, 25 de diciembre de 1952, 25 de noviembre de 1953 y 20 de enero y 21 de noviembre de 1969)”.

sus categorías, y en ambos aumenta la alarma y da pruebas de mayor perversidad”³³.

Por lo que hace a los elementos objetivos de la agravación, aunque la dicción del precepto no diferencia entre hombre y mujer (a excepción del Código Penal de 1822, que hacía expresa mención al sexo femenino), en la práctica solo era apreciada en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo era una mujer³⁴. Además, aunque su aplicación mayoritaria se remitía a actos violentos de lesiones, acometimientos, homicidio, etc., hay que tener en cuenta que, a excepción del primer Código Penal que se limitaba a los delitos cometidos contra las personas, el resto de regulaciones se remitía a todo tipo de hechos objeto de enjuiciamiento, lo que nada obstaba a que se aplicase, por ejemplo, al delito de daños o al delito de hurto.

Por lo que afecta a los elementos subjetivos que se exigían, hay que tener en cuenta que debía existir en el sujeto activo la voluntad o el ánimo de despreciar a la mujer. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por la Sala 2ª en fecha 25 de junio de 1978, indicaba que no podía concurrir la agravante:

“porque no aparece en la sentencia nada que haga presumir que el procesado se propusiera determinadamente ofender ni

33 Gómez de la Serna y Tully, Pedro y Montalbán Herranz, Juan: *Elementos del Derecho Penal de España arreglados al Nuevo Código*, editado por la Librería de Sánchez, Madrid, 1849, pág. 63.

34 Así, el Tribunal Supremo en Sentencia dictada por la Sala 2ª en fecha 29 de octubre de 1962, indicaba que “es de apreciar, como tiene declarado esta Sala, en los actos de acometimiento a una mujer”.

despreciar el sexo ni edad de la ofendida, sino ejecutar su mal propósito de la manera alevosa que aparece en los datos consignados, aprovechándose de la debilidad del sexo y de la edad para hacerlo sin riesgo para sí”.

Esta necesidad de que concurriese el ánimo de desprecio suponía la exclusión en la aplicación de la agravante en distintos supuestos, como por ejemplo, ante actuaciones derivadas de celos o resentimientos³⁵, actos motivados por un exclusivo ánimo de lucro, en riñas mutuamente aceptadas o riñas tumultuarias³⁶, etc.

35 La Sentencia de 13 de abril de 1955, dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo indica expresamente que “la diferente motivación que explica el acontecimiento realizado contra la joven citada y el de que fueron objeto las otras dos víctimas del recurrente justifica la apreciación de la agravante número 16 del artículo 10 del Código Penal, en la forma adoptada por el Tribunal sentenciador respecto a las últimas y su exclusión en cuanto a la primera, única de dichas víctimas acerca de la cual el despecho que por celos impulsaba al procesado, eliminaba o borraba de la mente de éste, aquellas normas de respeto que en otro caso reclamaría el sexo de la misma”. No obstante, dicha circunstancia por la que se excluye la aplicación de la agravante debía ser acreditada, pues la simple existencia de relaciones sentimentales entre el sujeto activo y el sujeto pasivo no suponía en sí misma su exclusión, y así el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de octubre de 1915, dictada por la Sala 2ª, indicaba que aunque entre ambos sujetos “no mediaba otra relación que explique el suceso más que la de amores que habían tenido y al acto criminal no precedió ni provocación ni ofensa ni iniciativa por parte de la ofendida que hiciera olvidar o disminuir la consideración con que en su cualidad de mujer debió de ser tratada”.

36 El Tribunal Supremo concluye que no corresponde su aplicación en estos supuestos, entre otras resoluciones, en la Sentencia de fecha 20 de abril de 1966, dictada por la Sala 2ª, en la que indica expresamente que no concurría la circunstancia en un supuesto de “riña aceptada por dos bandos en la que recibe una cuchillada una mujer, pues no influye su debilidad ni su condición”.

La presente agravación podía ser objeto de exclusión también por otras circunstancias concurrentes en el propio comportamiento o actitud de la mujer sujeto pasivo del delito. Así, en primer lugar, y a la vista de la propia literalidad del precepto, la “provocación” de la propia mujer suponía su inaplicabilidad. Pero además, en segundo lugar, tampoco resultaba de apreciación la agravante genérica cuando pudieren concurrir características en la actitud o comportamiento de la mujer por la que se considerase que en el momento de comisión del hecho delictivo, esta no era digna del honor o respeto debidos, y ello por cuanto que el propio código hacía referencia al respeto que por el sexo mereciere la persona ofendida.

La honorabilidad de la mujer por la que se entendía que se le debía esta consideración no tenía que ser objeto de prueba o acreditación, sino que era presumida *iuris tantum* por parte de los órganos judiciales³⁷; no obstante, en caso de que quedaran acreditados actos del sujeto pasivo por los que se entendiera que no era digno del honor y del respeto a la mujer debidos, no debía concurrir y no se aplicaba esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Así, en relación con la necesidad de acreditar las circunstancias por las que la mujer no era digna del honor y del respeto merecido, el Tribunal Supremo indicaba que:

“Es de indudable aplicación la circunstancia, a menos que la falta de respeto y consideración que la mujer es acreedora haya sido desvirtuada o anulada por las circunstancias concurrentes

37 La Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de octubre de 1969, indica así que de la “honestidad [de la mujer] no se podía dudar por deberse presumir al no ponerlo en duda el relato fáctico”.

en el hecho, y como quiera que en el presente caso no aparece acreditado que entre el recurrente y la ofendida no mediaba otra relación que explique el suceso más que la de amores que habían tenido y el acto criminal no precedió ni provocación ni ofensa ni iniciativa por parte de la mujer que hiciera olvidar o disminuir la consideración con que en su cualidad de mujer debería ser tratada”.³⁸

Los motivos de exclusión guardaban relación con lo que, en ese momento histórico, se entendía que convertía a la mujer en indigna del honor y el respeto que le era debido, esto es, a apreciaciones moralistas basadas en los valores de la sociedad heteropatriarcal existente sobre el correcto comportamiento que debía regir la actuación de una mujer, atendiendo a su papel en sociedad y en familia. Así, cuando una mujer tenía un comportamiento social o sexual no ajustado a los cánones patriarcales dominantes, con una gran influencia religiosa, se entendía que no era digna de honor y respeto y por tanto el sujeto activo no habría actuado contra este; supuestos en los que así no se aplicaba la agravación eran los casos de mujeres infieles³⁹ o aquellas que ejercían la prostitución⁴⁰.

38 Stc. del TS, Sala 2ª, de 6 de octubre de 1915.

39 La Sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 9 de mayo de 1957, indica a este respecto que “cuando es la propia mujer víctima del crimen, la que ha mancinado (*sic*) su honor mediante el sostenimiento de relaciones ilícitas, siendo casada, con un hombre también unido con vínculo matrimonial, es ella la que ha despreciado la dignidad de su sexo, y el bien protegido por esta circunstancia no merece el amparo legal”.

40 En este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de octubre de 1969 dictada por la Sala 2ª indica que “el desprecio de sexo no se apreció en el delito de prostitución,

Por último indicar que, en virtud del principio *ne bis in idem*, esta agravante no podía ser objeto de apreciación en aquellos supuestos en los que al propio tipo delictivo por el que se condenaba al sujeto activo le resultara inherente la diferencia de sexo entre el mismo y el sujeto pasivo, como por ejemplo los delitos contra la honestidad contemplados en los códigos penales⁴¹.

2.2

RECAPITULACIÓN

En definitiva, y atendiendo tanto al texto de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal como a su configuración por

sino en el de allanamiento de morada y la argumentación se monta en la degradación de la conducta de su antigua amante, que mantenía comercio carnal con hombres por precio que luego le entregaba a él, sin percatarse que el delito que luego se aplicó, fue el de allanamiento de morada y que la titular moradora que podía consentir el acceso, no era su amante, sino otra mujer, de cuya honestidad no se podía dudar por deberse presumir al no ponerlo en duda el relato fáctico, por lo que la ofensa por la intromisión en su domicilio, como por la violencia sobre ella ejercitada entrando por irrupción con fuerza, como luego empujándola significaba un desprecio de sexo no combatido tampoco en el recurso, por el erróneo desplazamiento que realizó al confundir el sujeto pasivo del delito en que se aplicó y que no era otro que la titular de la morada merecedora de la mayor protección penal por su condición de mujer”.

41 Entre otras, así lo determina la Sala 2ª del Tribunal Supremo en la Sentencia número 999/1980, de 3 de octubre [EDJ 1980/2224], al indicar que “no debe apreciarse la agravante indicada, cuando el sexo femenino sea inherente a la naturaleza del delito, como en la violación, el estupro y demás delitos en que el sujeto pasivo necesariamente ha de ser mujer, por constituir uno de los elementos del delito, conforme al criterio general del artículo 59 del Código Penal”.

los órganos jurisdiccionales, podemos obtener distintas conclusiones al respecto.

En primer lugar, aunque el precepto haga referencia al sexo y no al género, se está refiriendo a este último concepto, dado que en todo momento se remite al honor y a la dignidad que le es debido a una mujer cuando esta se comporta con arreglo a las normas sociales existentes en dicho momento histórico. Esto es, no está haciendo referencia al concepto biológico de mujer, sino al concepto de mujer construido social y culturalmente, de modo que se está atendiendo a un honor y un respeto debido como consecuencia del lugar que esta ocupa en la sociedad y, muy especialmente, en la familia.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una agravación que perpetuaba y justificaba los roles de género establecidos en una sociedad patriarcal en el que el papel de la mujer está circunscrito a las funciones asistenciales y de cuidado, y en la que debe llevar una vida pública moralmente intachable para las costumbres de la época. De este modo, y aunque la honorabilidad de la mujer era presumida, cabía la enervación de dicha presunción y, en tal caso, la misma no era digna de protección bajo esta circunstancia cuando había llevado a cabo una vida moralmente indigna por la que había perdido su consideración o dignidad, por ejemplo con comportamientos sexuales no normativos.

Como tendremos ocasión de comparar en los capítulos que siguen, no es el mismo el fundamento que se pretende con la actual agravante de género, cuya inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, con mayor o menor acierto, pretende evitar el mantenimiento de roles de género

estereotipados y no se basa en conceptos como el honor y la honestidad de la mujer.

Estos motivos son los que conducirán a la derogación de la agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida.

2.3

—

DEROGACIÓN

La agravante de desprecio de sexo, especialmente con ocasión de la aprobación de la Constitución Española y el principio de igualdad consagrado en su artículo 14, era objeto de crítica tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que instaban su desaparición de nuestro ordenamiento jurídico. Ya incluso antes, el Tribunal Supremo, aunque seguía aplicando la agravante, la había calificado como “un tanto anacrónica en tiempos, como los actuales, de emancipación femenina en los que la mujer ha conseguido o está en trance de conseguir, en todos los órdenes, la absoluta igualdad de sexos, pareciendo que incluso desea renunciar a todo privilegio o protección que implique discriminación o desigualdad respecto al varón”⁴².

De este modo la agravante fue objeto de derogación mediante Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código

42 Stc. del TS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 1977. ECLI ES:TS:1977:212.

Penal, que modificaba la redacción del epígrafe 16 del artículo 10 eliminando únicamente la referencia al sexo, quedando así su redacción definitiva en “ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

El Proyecto de Ley del que deriva esta reforma, del año 1983, no contemplaba en su texto inicial la eliminación de la agravante de desprecio de sexo, sino que la proposición aparece con ocasión de las enmiendas presentadas por el Grupo Vasco y por el Grupo Mixto consistentes en la propuesta de supresión parcial de la circunstancia 16ª del art. 10 que, aunque no son aceptadas por la Ponencia, son objeto de debate en la Comisión de Justicia e Interior incluyéndose finalmente en su Dictamen⁴³.

Durante el debate en el seno de la Comisión⁴⁴, se plantea precisamente si se debía proceder conforme a la eliminación de la referencia al sexo teniendo en cuenta el fundamento de la agravante según la interpretación del Tribunal Supremo y su posible incongruencia con el principio de igualdad que deriva de la Constitución Española. Así, el representante del Grupo Vasco manifestaba efectivamente que “de acuerdo con los principios de igualdad que consagra la Constitución en su artículo 14, el hecho de despreciar al sexo contrario en la comisión de un delito no puede ser una circunstancia agravante [...] en la medida

43 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley, 21 de abril de 1983, número 10 II.

44 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, 13 de abril de 1983, número 16.

se tratase de abuso de superioridad física, ya está contemplada esta circunstancia en el Código Penal, a través del agravante de actuar o cometer el delito con abuso de superioridad⁴⁵; mientras que el Grupo Parlamentario Popular defendía el mantenimiento de esta agravación de la pena “no por sentido tradicional, sino por la propia configuración de los sexos masculino y femenino y por la mayor debilidad y respeto que nos merece el sexo femenino, sobre todo en circunstancias en que se debilita mucho más la naturaleza del sexo femenino, por embarazos o por otras circunstancias [...] entendemos que es necesario mantenerlo, porque no implica una discriminación de sexos sino, por el contrario, un reconocimiento de la mayor debilidad de la estructura orgánica del sexo femenino, sobre todo en determinados momentos de su vida⁴⁶. Debate en el que finalmente el Grupo Parlamentario Socialista admite la enmienda de supresión del sexo en el precepto al analizar precisamente la valoración jurisprudencial en relación con el fundamento de la agravante, justificando dicho posicionamiento en el hecho de que “el Tribunal Supremo se ha inclinado siempre hacia el aspecto espiritualista del menosprecio, sin tener en cuenta esa supuesta superioridad física, con lo cual sí que está incidiendo en mantener la discriminación entre los dos sexos⁴⁷.”

En definitiva, y partiendo precisamente del fundamento de la agravante no por motivos físicos sino por la consideración de que la misma

45 Declaración en el Pleno de la Comisión de Justicia e Interior del representante del Grupo Vasco, el diputado Granados Calero. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, 13 de abril de 1983, número 16, pág. 558.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

mantenía los prejuicios de género que ya se consideraban inadmisibles, se aprobó la enmienda en el Congreso presentada por el Grupo Parlamentario Vasco sin que con posterioridad, en el Senado, se plan-teasen enmiendas al respecto.

3

—

El Código Penal de 1995

El primer Código Penal de la democracia, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, contempló en su artículo 22 un listado *numerus clausus* de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal en virtud de las cuales es posible incrementar la pena del condenado; y en concreto, en su epígrafe cuarto hace referencia a la comisión del delito por diversos motivos, entre otros por el sexo de la víctima. Si bien sigue la estela marcada por la agravante introducida en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 4/1995, que tendremos ocasión de analizar, podremos comprobar que el texto que resulta aprobado definitivamente sobre dicha circunstancia es diferente al que le precedía de modo que se reconocen circunstancias adicionales a las inicialmente previstas y que, además, durante la vigencia del actual Código serán objeto de modificación y de ampliación.

3.1

—
LA LEY ORGÁNICA 3/1989

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, antes de la aprobación del actual Código Penal, introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español los delitos de violencia en el ámbito familiar y asimilado, si bien como tipos específicos y no mediante la introducción de una agravación genérica. Esta introducción en nuestro Código no se preveía inicialmente en el Proyecto de Ley, sino que se produce con ocasión de la enmienda número 53 que el Grupo Socialista presentó en la tramitación parlamentaria del Senado al Proyecto de Ley⁴⁸. Esta Ley Orgánica estaba dirigida a la actualización del Código Penal con el fin de hacer más efectivo el principio de intervención mínima que debe regir en el Derecho Penal. Tanto es así que en el momento de la presentación del Proyecto de Ley en el debate parlamentario previo a su aprobación, el Ministro de Justicia indica expresamente que el mismo parte de tres reflexiones:

“Segregar del Código Penal aquellos comportamientos en los que no existe un contenido de injusto susceptible de originar una respuesta sancionadora.

48 La redacción propuesta en dicha enmienda era: “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”; y la motivación o justificación que contenía dicha enmienda

Excluir, asimismo, del citado cuerpo legal aquellas conductas que se hallan suficientemente reprochadas en otros ámbitos sancionadores, como el administrativo, donde además la respuesta correctora es enormemente más eficaz por su adecuación y por su agilidad.

Extraer del campo de los ilícitos penales hechos rayanos con situaciones de simple culpa extra contractual y, por tanto, perfectamente subsumibles en el ámbito de las reclamaciones civiles de ese orden”⁴⁹.

En definitiva, el Proyecto de Ley tenía como objeto o fundamento la destipificación de diversas actuaciones contempladas hasta ese momento como infracciones penales y ello, en virtud del carácter fragmentario del Derecho Penal. A esto añadir la pretensión del legislador, que se puede observar en los discursos parlamentarios llevados a cabo en el debate del Proyecto de Ley, de reducir el número de asuntos penales tratados por nuestros Tribunales con el fin de descongestionar los órganos judiciales.

Sin embargo, esta Ley introduce también nuevos delitos o agravación de otros existentes, como sucede con los delitos relacionados con la seguridad del tráfico o los delitos de lesiones. Y entre estas modifica-

era la “(c)onveniencia de introducir esta nueva figura penal al objeto de ofrecer respuesta penal a los malos tratos sistemáticos dentro del seno familiar”.

BOCG Senado núm. 303 (c), Serie II Textos Legislativos, de 26 de abril de 1989, pág. 29.

49 BOCG núm. 179, de 16 de marzo de 1989, pág. 10.385.

ciones se encuentra, precisamente, la tipificación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado cubriendo la laguna legal existente hasta entonces. Se argumenta que se realiza “respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”, por lo que “se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados mas que una sucesión de faltas, se produce de modo habitual”⁵⁰. Esta ley introduce por primera vez la tipificación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar y asimilado mediante la nueva redacción del artículo 425, segundo párrafo, del Código Penal derogado, aunque con una regulación más restringida que la actual, y que quedaba redactado del siguiente modo:

“El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor” (esto es, privación de libertad de uno a tres meses).

Como indica CAMPOS CRISTÓBAL, “un delito específico para hacer frente al problema de la violencia doméstica, entendida como una conducta de una constante agresión que se repite en el tiempo contra una persona vinculada al autor por algún

50 Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

lazo familiar o cuasi familiar, y presidida por la idea de dominio de un ser inferior por otro ser que se considera superior, sólo existe desde 1989. Hasta entonces si se llevaba a cabo algún delito dentro del ámbito familiar o doméstico dentro del ámbito familiar o doméstico, se castigaba al sujeto con la pena del delito cometido (homicidio, asesinato, lesiones, etc.) con la agravante de parentesco, si es que el delito respectivo no contaba con una agravación específica para estos supuestos (paricidio, infanticidio, etc.)”⁵¹.

Puede observarse que esta inicial redacción recoge únicamente los actos de violencia física, no contemplando la violencia psíquica. Asimismo no se establece ninguna cláusula que interprete la habitualidad en estos delitos, por lo que fue labor de los Tribunales establecer a qué se refería el legislador con el término “habitualmente”, al encontrarnos ante un concepto típico indeterminado. Igualmente indicar que se contempla un reducido abanico de sujetos.

Esta redacción irá matizándose y ampliándose en las reformas que vaya sufriendo con posterioridad, tendiendo fundamentalmente a ampliar las conductas objeto de sanción penal así como los sujetos intervinientes⁵².

51 Campos Cristóbal, Raquel: “Tratamiento penal de la violencia de género” en AAVV, Boix Reig, Javier y Martínez García, Elena (coord.): *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2005, pág. 256.

52 Respecto a la evolución del tipo delictivo de violencia habitual en el ámbito familiar, recogido actualmente en el epígrafe segundo del artículo 173.2 del CP resulta de interés Campos Cristóbal, Raquel: *El delito de violencias habituales en el ámbito familiar: bien jurídico y delimitación del injusto típico*, dirigida por Javier Boix Reig, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2003. Tesis accesible

3.2

EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1992

Desde la aprobación de la Constitución Española se habían llevado a cabo diversas reformas urgentes y necesarias del Código Penal, entre otras la referida con anterioridad, a fin de ajustarlo al nuevo texto constitucional así como a los denominados Pactos de la Moncloa⁵³, si bien se hacía inexcusable la aprobación de un texto único que evitara

en su integridad a través del dominio web <http://roderic.uv.es/handle/10550/38622> (consultado el 16 de noviembre de 2017).

Con posterioridad a la publicación de dicha tesis el citado artículo se modificó mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en el sentido de sustituir las referencias a los incapaces por personas con discapacidad necesitadas de especial protección, aumentar la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en su previsión mínima de dos a tres años e introducir la posibilidad de que se imponga al condenado la medida de libertad vigilada.

Igualmente y respecto a la evolución de este tipo delictivo resulta de interés el *I Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer*, editado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Contra la Violencia de Género, Madrid, 2007, págs. 18 y ss. (accesible en el enlace <http://observatorioviolencia.org/?s=Informe+anual+-del+observatorio+estatal>, consultado el 15 de noviembre de 2017).

53 Uno de los Pactos de la Moncloa, el Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, contemplaba en su epígrafe quinto una serie de reformas del Código Penal fruto de los principios que se asumieron durante la transición española y que después se reconocerían en la Constitución, como la igualdad, la libertad de asociación y el resto de libertades públicas, etc.

Pactos de la Moncloa accesibles en la página web del Ministerio de Presidencia del Gobierno de España <http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol17/> (consultada el 15 de noviembre de 2017).

las posibles incongruencias consecuencia de los diversos parcheos en el texto penal. De este modo, y mientras se iban realizando las oportunas reformas parciales se iban desarrollando también trabajos para la redacción del nuevo Código Penal, como fueron el Proyecto de Código Penal de 1980⁵⁴ y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983⁵⁵, hasta que el 11 de septiembre 1992 se presentó el proyecto de un nuevo texto penal que, aunque finalizará caducado y sin aprobación por el Congreso, servirá de base para el proyecto definitivo y avanzó su tramitación hasta la presentación de enmiendas y su estudio en el correspondiente informe y dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

Este Proyecto⁵⁶ reconocía en su artículo 21 una serie de circunstancias que agravaban la responsabilidad criminal, reduciendo las existentes previamente a únicamente siete, tal y como se indicaba en la propia Exposición de Motivos, y sin que las motivaciones del autor basadas

Al respecto, nos indica QUINTERO OLIVARES que los Pactos de la Moncloa suponían “un programa de actuación en el Congreso de los Diputados, y tenían dos materias esenciales: el programa de saneamiento y reforma de la economía y el programa de actuación jurídica y política. Dentro de este último grupo de medidas se incluyó el compromiso de introducir unas modificaciones inmediatas y urgentes del Código Penal de 1973, y la segunda sería la confección de un nuevo Código Penal tan pronto se aprobara (sic) la Constitución, entonces en proceso de redacción” (Quintero Olivares, Gonzalo: *Pequeña historia penal de España*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2017, pág. 204).

54 El Proyecto (BOCG núm. 108, de 17 de enero de 1980, Serie A, Proyectos de Ley, págs. 657 y ss.) fue presentado y publicado por el Gobierno aunque fue retirado antes de que se debatiera en el Congreso.

55 El texto no llegó a ser aprobado por el Gobierno como Proyecto de ley.

56 BOCG núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992, Serie A, Proyectos de Ley, págs. 1 y ss.

en las circunstancias de la víctima como su origen étnico o racial, su sexo, su ideología política, etc. fueran una de ellas; esto es, que el proyecto, al reducir el número de circunstancias que en ese momento se contemplaban en el ordenamiento jurídico penal decide no introducir una circunstancia basada en las motivaciones discriminatorias del autor.

Durante la tramitación parlamentaria fueron muchos los grupos políticos que propusieron añadir un nuevo epígrafe al artículo 21 con el fin de incluir como circunstancia agravatoria de la responsabilidad criminal distintos móviles o motivaciones del autor del delito frente a la víctima, siendo estas razones las de actuar contra el sujeto pasivo del delito por su origen étnico, racial o nacional o bien por las convicciones ideológicas o religiosas del mismo⁵⁷; propuesta que variaba según cada una de las enmiendas principalmente en la redacción, en los motivos para la comisión del hecho así como en el tipo de delitos a los que resultaría de aplicación. Es decir, que mientras que unas propuestas pretendían la limitación de esta circunstancia agravante a los delitos contra las personas, otras postulaban la inclusión de la misma sin limitación por el tipo de delito al que aplicar y el bien jurídico protegido en el mismo.

La necesidad de incorporar en el texto penal la agravación de la pena por las motivaciones racistas, xenófobas o religiosas del autor se justificaba en las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios

57 Así se presentaron hasta ocho enmiendas que solicitaban esta inclusión, de las que dos de ellas hacían referencia a a las convicciones ideológicas o religiosas del sujeto pasivo. En concreto, y por parte de los distintos grupos parlamentarios, las enmiendas 97, 98, 267, 330, 466, 556, 676 y 886, que pueden leerse en el BOCG núm. 102-7, de 11 de febrero de 1993, Serie A, Proyectos de Ley, págs. 127 y ss.

que pretendían su incorporación al interpretar estas acciones como contrarias a nuestro orden constitucional (en especial los principios de igualdad y de respeto a la dignidad humana) y ante el crecimiento de movimientos racistas y xenófobos en Europa, así como en el “resurgimiento del integrismo religioso”⁵⁸ en algunas comunidades; y al mismo tiempo se remitían a cómo dicha circunstancia se había tenido en consideración en otros países del entorno europeo bien con una legislación especializada en la materia o bien mediante la introducción de dicha circunstancia en los correspondientes ordenamientos jurídicos penales.

No obstante, la Ponencia encargada de redactar el oportuno informe sobre el proyecto no admitió ninguna de las enmiendas planteadas ni propuso su inclusión mediante otro tipo de redacción de una agravación de la pena basada en las motivaciones del autor en el momento de la comisión del hecho delictivo. Además, el Proyecto no llegará a ser debatido en el Congreso de los Diputados, por lo que caducó el mismo y habría que esperar a la siguiente legislatura para que se planteara el que finalmente sería el primer código penal de la democracia española⁵⁹.

58 Así lo justificaba el Grupo Parlamentario Catalán y puede observarse en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados publicado en el BOCG, núm. 639, de 17 de marzo de 1993, Comisiones, Comisión de Justicia e Interior, pág. 19256.

59 No obstante, y aunque el proyecto no terminase el recorrido legislativo necesario, sirvió de base para el que finalmente sería el primer Código Penal de nuestra democracia. Así, aunque cuando el texto “llevaba andada la mitad del camino de su tramitación -había entrado en el Congreso el 10 de septiembre de 1992- las Cortes se disolvieron y el Proyecto decayó [...] el mismo Proyecto, modificado con las enmiendas que habían sido aceptadas y algunas otras pequeñas variaciones, regresó al Congreso como Proyecto de CP de 1994, el cual, tras experimentar numerosas modificaciones

3.3

—

LA INTRODUCCIÓN DE
LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN
EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:
LA LEY ORGÁNICA 4/1995

Iniciada la siguiente legislatura y unos meses antes de que se presentara y publicara el proyecto de ley del Código Penal que finalmente resultaría aprobado con modificaciones y que sigue vigente hasta hoy, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentaba una proposición de ley orgánica de modificación del Código Penal “mediante la que se tipificaba la apología del delito de genocidio”⁶⁰. Esta proposición de ley pretendía, conforme a su propia exposición de motivos, luchar contra la “proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia antisemita y racista que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi”; siendo que “España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contemplados (*sic*) en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país”. En definitiva se trataba de una modificación urgente del Código Penal para dar respuesta a una preocupación del legislador derivada de actos delictivos de origen xenófobo o racista

en las dos Cámaras, alcanza la aprobación final el 8 de noviembre de 1995” (Quintero Olivares, Gonzalo: *Pequeña historia penal...*, *cit.*, pág. 217).

60 BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 52-1, de 4 de enero de 1994, Serie B: proposiciones de ley, págs. 1 y ss.

y frente a la que debía luchar conforme al Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio así como el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966, sin esperar a la aprobación del nuevo Código Penal⁶¹. Modificación que, como veremos, introducirá en nuestro texto penal la agravante de discriminación⁶².

La proposición de ley no incluía inicialmente la agravante genérica de discriminación, sino únicamente dos adiciones en el artículo 137. bis del Código Penal de 1973 con el fin de introducir la apología del

61 El diputado popular Robles Fraga indicaba al respecto de la urgencia y necesidad que era necesario “hacerlo de manera urgente, de no esperar más al nuevo Código Penal, de incluirlo ahora, de dar una señal política concordada entre los distintos grupos políticos, apoyada en la mayoría del pueblo español y en los deseos del mismo de celebrar correctamente este Año Europeo de la Tolerancia”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1995, 27 de abril de 1995, número 143, pág. 7.558.

62 En este sentido, GOYENA HUERTA indica que “la denominada agravante de discriminación fue introducida con carácter urgente en el número 17 del art. 10 del Código Penal de 1973, a través de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, tan sólo unos meses antes de la aprobación del vigente Código Penal, con el fin de dar respuesta a la preocupación del legislador ante el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio por motivos xenófobos, racistas, por los orígenes étnicos o nacionales o, en fin, por la ideología, religión o creencias de la víctima. Con ello se pretendía dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y en el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965. Esa innovación pasó al texto del Código Penal de 1995, pero lo hizo en términos más amplios”. Goyena Huerta, Jaime en AAVV, Gómez Tomillo, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Penal*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 208.

genocidio⁶³.

El Grupo Parlamentario Socialista introdujo una enmienda mediante la que solicitaba la inclusión en el artículo 10 de un apartado 17 por el que se agravara la pena por “cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes a origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima”⁶⁴. En definitiva, lo único que se pretendía era incorporar ya en el ordenamiento jurídico, y sin esperar a la aprobación del nue-

63 La proposición únicamente contenía los siguientes dos artículos:

“Artículo primero

Se añade un nuevo artículo 137 bis b) al Código Penal, con el siguiente contenido:

‘Serán castigados:

1. Con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el artículo anterior, los que hicieren apología de los delitos tipificados en el mismo. Hay apología cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, o a enaltecer a sus autores.
2. Con la pena de arresto mayor a los que fabricaren, difundieren o exhibieren símbolos o cualesquiera otros medios de propaganda que representen o defiendan los hechos tipificados en el artículo anterior.’

Artículo segundo

Se añade un nuevo artículo 137 bis c) al Código Penal, con el siguiente contenido:

‘En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; y si fuere un particular, los Jueces o Tribunales podrán aplicar la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno o diez años’.

64 Enmienda número 6 del Grupo Parlamentario Socialista publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B: proposiciones de ley, núm. 52-7, de 17 de octubre de 1994, pág. 15.

vo Código Penal que se encontraba en trámite, una propuesta que se había presentado a penas unas semanas antes en el proyecto de ley. Tanto es así que la enmienda se justifica con el fin de “adelantar las propuestas que el Proyecto de Código Penal remitido a las Cortes contiene en la regulación de esta materia”. Enmienda que es aceptada por la Comisión⁶⁵ y la Ponencia⁶⁶, si bien esta última modificará el texto de modo que propondrá la introducción de la agravante con la siguiente literalidad: “cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”. De este modo, mantiene la enmienda en cuanto al ámbito de aplicación (tanto delitos contra las personas como delitos contra el patrimonio) si bien introduce la motivación del autor de manera expresa y en lugar de aplicarse a la víctima por razón de su oficio religioso lo amplía a cualquier persona o víctima por razón de su ideología, religión o creencias (esto es, no solo por una ideología religiosa sino también por creencias políticas o de otro tipo).

El texto propuesto por la Ponencia a raíz de la enmienda del grupo parlamentario socialista será finalmente aprobada por el Congreso y por el Senado sin más modificaciones, introduciendo así por primera vez esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal consistente en la motivación discriminatoria del autor.

65 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B: proposiciones de ley, núm. 52-10, de 3 de enero de 1995.

66 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B: proposiciones de ley, núm. 52-9, de 23 de diciembre de 1994.

De este modo, y como indica LANDA GOROSTIZA, “lo que no iba a ser sino una ampliación del ámbito de prohibición del genocidio, claramente circunscrito por tanto a conductas de simpatía ideológica filo-nazi, acaba incluyendo también un delito de provocación a la discriminación y una agravante genérica para los delitos contra las personas y el patrimonio por motivos racistas o antisemitas, étnicos y nacionales, pero también, por razones puramente ideológicas, religiosas o de creencias”⁶⁷.

3.4

LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE,
DEL CÓDIGO PENAL

Tras el frustrado intento del proyecto de Código Penal de 1992, el Gobierno presentó en la siguiente legislatura un nuevo proyecto de texto penal que, finalmente, sería aprobado con modificaciones y entraría en vigor el 24 de mayo de 1996. Este texto legal, vigente hasta hoy aunque con múltiples modificaciones, introduce un número de agravantes mucho más reducido del que disponía el anterior Código⁶⁸, tal y como pretendiera el proyecto de 1992, y contempló ya en el mo-

67 Landa Gorostiza, Jon Mirena: “Racismo, xenofobia y Estado democrático”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número 18, editado por la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pág. 63.

68 Precisamente y respecto a una valoración positiva de la reducción del número de agravantes, QUINTERO OLIVARES indica que se redujo el número de agravantes a ocho suponiendo esto “una alteración considerable de la hipertrófica regulación visible en el artículo 10 ACP”. Quintero Olivares Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 793.

mento de su publicación la agravante objeto de estudio aunque, como tendremos ocasión de comprobar, difiere del texto finalmente aprobado así como de la redacción actual.

El Proyecto de Ley, presentado por el Gobierno y publicado el 26 de septiembre de 1994⁶⁹, contemplaba en su artículo 23 una serie de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, incluyendo en su epígrafe quinto la de “cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima”. Agravación de la pena basada en una motivación del sujeto activo en relación con la pertenencia, real o percibida, del sujeto pasivo a un grupo poblacional concreto. La misma será objeto de diversas modificaciones durante la propia tramitación parlamentaria, incluyendo diversas características del sujeto pasivo como motivaciones del autor y una diferente redacción de la agravación.

Durante la tramitación parlamentaria en el Congreso se perfiló el texto de la agravante, al aceptar la Ponencia en su correspondiente informe la enmienda de adición del Grupo Federal IU-IC⁷⁰ (muy similar a la enmienda planteada por el Grupo Parlamentario Coalición Canaria),

69 BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, Serie A: proyectos de ley, pág. 1 y ss.

70 La enmienda 661 del Grupo Parlamentario IU-IC planteaba una nueva agravación de la pena consistente en “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: proyectos de ley, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 275.

de modo que se modificó la profesión religiosa de la víctima por su ideología (no solo religiosa sino también política), religión o creencias y se añadió como motivación en la actuación que podría ser objeto de modificación de la responsabilidad criminal la orientación sexual, real o percibida, del sujeto pasivo. Así, pasaba a enumerarse en el epígrafe 4º del artículo 22, al haberse eliminado la agravante consistente en cometer el delito con premeditación, y quedaba redactada del siguiente modo: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, la orientación sexual, o la ideología, religión o creencias de la víctima”. El texto que sale del Congreso a fin de ser debatido en el Senado no incluye por tanto ni el género (algo normal atendiendo a que en dicho momento ese concepto carecía aún de generalización) ni tampoco el sexo del sujeto pasivo.

Es durante la tramitación legislativa ante el Senado cuando se incorpora la razón de sexo de la víctima como motivo de agravación, y ello con ocasión de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁷¹ y al haberse alcanzado con posterioridad un acuerdo unánime en relación con la enmienda transaccional que se proponía. De este modo la agravante, aprobada en el Senado y que alteraba también su ubicación al art. 22.4ª, quedaba redactada en los términos en los que

71 Enmienda 279 del Grupo Parlamentario Socialista en la que se proponía como circunstancia cuarta del art. 23 “Cometer el delito por antisemitismo u otra clase de discriminación por la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”; y que la justificaba, en aras a un tratamiento de discriminación homogéneo en todo el Código, conforme a las causas de discriminación que se habían contemplado en los arts. 310, 502, 503, 504 y 507. BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, núm. 87-c, de 21 de septiembre de 1995, pág. 178.

finalmente fue objeto de publicación, esto es: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”. Así, se alteraba la estructura de la agravante a fin de hacerla más coherente y se incluían una serie de circunstancias por las que se podía agravar la pena; es decir, no solamente el sexo del sujeto pasivo, sino también la enfermedad o minusvalía que el mismo pudiera padecer. En definitiva, y en cuanto a los supuestos de agravación, el texto era también más coherente con la propia sistemática del Código Penal en relación con otros delitos relacionados con la discriminación.

Durante la tramitación parlamentaria, especialmente en el Senado, se plantearon dos debates que se mantendrán en la doctrina con posterioridad a la aprobación de la agravación de la pena.

Por un lado, y en los mismos términos en los que también se debatió en relación con la antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, el Grupo Parlamentario Socialista entendía que la agravación en todo tipo de delitos, sin limitación únicamente a determinados delitos, suponía establecer un ámbito demasiado genérico de aplicación de modo que pretendía que se restringiera a las infracciones penales cometidas contra la propiedad o contra las personas y ello por ser, según dicho grupo parlamentario, técnicamente más correcto y resultar su aplicación más práctica⁷².

72 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 494, de 16 de mayo de 1995, pág. 14.521.

Pero por otro lado, y con ocasión de la enmienda presentada por la Senadora del Grupo Mixto Inmaculada Boneta Piedra, se planteó que el problema de la motivación del sujeto activo como fundamento de incremento de la pena podía suponer una sanción del pensamiento del mismo y no de los efectos del propio hecho delictivo, es decir, un Derecho penal del enemigo. Así, la Senadora planteaba una redacción consistente en “cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de su pertenencia a determinado grupo étnico, cultural, nacional, orientación sexual, ideología o creencias”⁷³, justificando la enmienda del siguiente modo:

“La agravación debe descansar en elementos objetivables que exterioricen la animosidad contra determinados colectivos que pueden resultar más vulnerables en ciertos contextos. Debe evitarse fundamentar una agravación en la mera ‘motivación’ interna porque se tendería a penalizar el pensamiento. La mayor gravedad de un delito cometido por móviles racistas (o similar), reside en el peligro que supone de imitación e incitación al odio, lo cual requiere que el hecho pueda identificarse externamente como acto racista. No se trata de entrar a examinar la motivación individual del delito, sino en tanto tenga un significado social reconocible por la forma y el contexto en el que se realiza”⁷⁴.

73 BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, núm. 87-c, de 21 de septiembre de 1995, pág. 167.

74 *Ibid.*

No obstante, dicha enmienda no es aceptada e incluso se reprocha a la senadora que está confundiendo los fundamentos de un tipo delictivo con los que corresponde a una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal⁷⁵.

3.5

LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, que ha supuesto el principal instrumento jurídico en la lucha contra la violencia de género por su carácter integral y multidisciplinar⁷⁶, introdujo también modificaciones en el ordenamiento jurí-

75 El senador Galán Pérez indica a este respecto que: “Está confundiendo un delito con una agravante, es decir, no es que se pueda interpretar si hay menosprecio o si hay alguna referencia a un defecto físico. No, estamos hablando de cuando se comete un delito, cualquiera, por motivos racistas, de religión, ideología, creencias, orientación sexual de la víctima, etcétera, un delito, el que sea, un delito de lesiones, de homicidio, de daños, de injurias, cualquiera de ellos; estamos hablando de agravantes. Y creo que esa diferencia entre lo que es una agravante y lo que es un tipo delictivo es lo que faltaba en el discurso de la Senadora De Boneta en su última intervención”. Diario de Sesiones del del Senado, Comisión de Justicia, núm. 225, de 9 de octubre de 1995, pág. 19.

76 No obstante, no hay que olvidar la importancia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la orden de protección, en el ámbito procesal, contemplada en el artículo 544.ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, configurada mediante la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica; así como la inclusión en el Código Penal de los delitos de violencia en el ámbito familiar o asimilado mediante la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español

dico penal; pero no lo hizo mediante la introducción de una agravación genérica de la responsabilidad criminal –lo que podría haberse efectuado bien modificando la circunstancia 4ª del artículo 22 o bien creando una agravante genérica concreta para la delitos de violencia de género– sino configurando figuras típicas género-específicas para aquellos supuestos en los que se venía produciendo un mayor número de agresiones. En este sentido LAURENZO COPELLO refiere que el legislador “apostó de forma decidida por las figuras género específicas como instrumento para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales, si bien la selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad sino de su frecuencia comisiva. De ahí que las agravantes de género se encuentren en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves y en cambio no exista un delito de feminicidio asociado a los tipos penales contra la vida”⁷⁷.

Durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, se planteó por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) la protección de la mujer frente a la violencia de género por medio de una agravante genérica, y no mediante la utilización de figuras género específicas. Así, proponían la eliminación de estas últimas y la introducción por diferentes medios de una circunstancia modificativa de la

estas figuras delictivas y que después continuarían en el vigente Código Penal y serán objeto de modificación mediante LO 11/1999, LO 14/1999, LO 11/2003 y LO 1/2015.

77 Laurenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *REPC*, volumen XXXV, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015, pág. 786.

responsabilidad criminal genérica, justificando dicho posicionamiento porque “de mantenerse un listado pormenorizado de las conductas que pueden ofenderlo [al bien jurídico protegido] se corre el riesgo de olvidar algunas, ya que la realidad y la imaginación de los agresores es desgraciadamente más rica que lo que podemos contemplar a través de un listado forzosamente limitado de conductas. (Pasa ya en el proyecto con, por ejemplo, los delitos de homicidio, asesinato, secuestro... que no están contemplados como tipos género-específicos mientras sí lo están las lesiones.)”⁷⁸. El Grupo Parlamentario Catalán, tanto en el Congreso como en el Senado, lo que proponía era la modificación del artículo 22.4^a mediante la introducción de los “motivos sexistas” en el listado de circunstancias discriminatorias, y la introducción de una nueva agravante, la 9^a, consistente en la voluntad del autor de “perseguir el sometimiento o la dominación”⁷⁹; mientras que el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso proponía, por un lado, que las figuras género-específicas fueran neutras y no hicieran referencia expresa a la mujer como sujeto pasivo del delito, y por otro la inclusión de una novena circunstancia agravante consistente en “efectuar el hecho motivado por el deseo de crear un clima de terror y someter y humillar a la persona agraviada”⁸⁰.

78 Justificación de la enmienda 420 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 2-4, de 24 de septiembre de 2004, pág. 186.

79 Enmienda 420 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 2-4, de 24 de septiembre de 2004, pág. 185; y enmienda 122 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado. BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, núm. 1 (c), de 11 de noviembre de 2004, pág. 91.

80 Enmienda 88 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 2-4, de 24 de septiembre de 2004, pág. 64.

En definitiva, y a excepción de la propuesta de incluir los motivos sexistas en el epígrafe 4º del art. 22 efectuada por el Grupo Parlamentario Catalán, lo que se proponía no era introducir una agravante basada en la motivación de discriminación por motivos o razones de género, sino una agravante fundamentada en la voluntad de dominación del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, sin indicar expresamente que la vulnerabilidad de la víctima o la voluntad de someterla guardara relación con motivos de género. Y ello, por cuanto que lo que se plantea es establecer una agravante genérica “que permitiese apreciar que la clave no está en que el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo sea mujer, sino en que la conducta de maltrato constituya la creación de un clima de sometimiento, de vejación, de erosión de la autoestima o de temor idóneos para esa sumisión”⁸¹. No obstante, justificaban que mediante esta agravación sin distinción de género se protegía especialmente a las mujeres dado que “los beneficiarios y protegidos por este tratamiento penal serían mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación a su favor respetando al mismo tiempo las existencias de una adecuada política y legislación penales”⁸². Al mismo tiempo se planteaba en la justificación de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán que, mediante la agravante genérica consistente en los motivos sexistas del sujeto activo, se evitaba la limitación de la agravación a unas concretas conductas delictivas olvidando otras.

81 Diario de Sesiones del del Congreso, Pleno y Diputación Permanentes, núm. 39, de 7 de octubre de 2004, pág. 1.713.

82 Justificación de la enmienda 88 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 2-4, de 24 de septiembre de 2004, pág. 64.

No obstante, dichas propuestas no fueron acogidas ni por la Ponencia ni por la Comisión, ni tampoco en sede parlamentaria por el Congreso ni el Senado, optando el legislador por la creación de las figuras género-específicas relacionadas con la violencia de género, entendida esta en los términos restrictivos reconocidos por el art. 1 de la propia Ley.

3.6

LA LEY ORGÁNICA 5/2010

Quizá fruto de la confusión de conceptos del legislador, este había introducido el sexo y la orientación sexual como motivo de discriminación que justificaría la aplicación de la agravante contenida en el artículo 22, pero omitiendo la identidad sexual o de género, y dejando al margen interpretativo una circunstancia que, por el resto del articulado, resultaba necesaria y cuya omisión había supuesto la crítica de la doctrina⁸³.

83 CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG indican a este respecto que la doctrina mayoritaria había destacado “la existencia de importantes omisiones en el catálogo de motivos discriminatorios previstos en el art. 22.4^a. Una de ellas fue tenida en consideración por la LO 5/2010, que introdujo en el precepto, junto a la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual, la discriminación por identidad de género. Con ello, el nuevo texto permite dar cobertura a los casos de transfobia, esto es, fobia por los transexuales, que no resultaban subsumibles en los mencionados motivos de ‘sexo’ o de ‘orientación sexual’”. Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu en AAVV, Mir Puig, Santiago (dir.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 149.

En el mismo sentido, se manifiesta GÓMEZ MARTÍN en Gómez Martín, Víctor: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discri-

Concepto al que haremos referencia en el segundo capítulo del presente trabajo. No obstante, es necesario indicar que, si bien esta introducción tiene su origen principalmente en la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, resulta cuanto menos deficiente la técnica legislativa al haber utilizado el concepto de identidad sexual, y no el concepto de identidad de género, que es el que esta ley precisamente utiliza en su redacción⁸⁴. Este motivo de agravación será introducido en la circunstancia mediante la Ley Orgánica 5/2010, en cuya tramitación igualmente se intentará de

minación en el Código Penal español”, en AAVV, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.): *Constitución y sistema penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 179.

No obstante, parte de la doctrina consideraba innecesaria la reforma por cuanto que se entendía que los motivos de discriminación basados en las razones de identidad sexual o de género se consideraban incluidos en la redacción previa. En este sentido QUINTERO OLIVARES indica al respecto que “la razón de aquella reforma hay que buscarla en la crítica recibida por el texto anterior, en el que algunos señalaban que dejaba sin respuesta los casos en los que la agresión discriminatoria era por tratarse del sexo de la víctima –normalmente, por ser mujer– pero no por la identidad sexual que la víctima deseara tener, diferente de su sexo. [...] no parece que hubiera un ‘vacío legal’ que exigiera una nueva intervención legislativa”. Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, 5ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 385.

En la misma línea interpretativa DÍAZ LÓPEZ indica que “se solía entender que la discriminación por razón de sexo abarcaba aquella por orientación sexual y que ésta, a su vez, abarcaba aquella por identidad sexual”. Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 306.

84 Como indica MANJÓN-CABEZA OLMEDA “a la identidad sexual se refiere la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, utilizando las expresiones de identidad de género y disforia de género”. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli: “Circunstancias modificativas. Arts. 21 y 22”, en AAVV, Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 53.

nuevo plantear la inclusión de una agravación genérica de la responsabilidad criminal por motivos machistas. De este modo, “el añadido legal equipara a los efectos de la agravante la discriminación por razón de homosexualidad a la discriminación de la transexualidad, lo que parece correcto”⁸⁵, o a otro tipo de identidades sexuales, como la intersexualidad.

Asimismo, y mediante esta reforma, se modificó el concepto de minusvalía que contemplaba el Código Penal por el concepto de discapacidad. En este sentido hay que tener en cuenta que la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ya indicó al respecto que “las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’”. Teniendo en cuenta que dicha ley tiene carácter ordinario, a fin de acomodar el Código Penal a dicha terminología era necesaria una modificación de dicho precepto mediante la correspondiente Ley Orgánica.

En relación con la introducción de la identidad sexual como motivo de discriminación que permitiría aplicar la agravante contenida en el artículo 22.4ª del Código Penal, la misma se plantea ya en el propio Proyecto de Ley presentado por el Gobierno⁸⁶. Dicha inclusión no supondrá debate alguno ni será objeto de enmienda por ningún grupo parlamentario ni en el Congreso ni en el Senado, asumiendo así que era necesario actualizar el texto atendiendo a una indebida omisión de este concepto.

85 *Ibid.*, pág. 54.

86 BOCG, núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009, Serie A: proyectos de ley, pág. 1 y ss.

Pero en cuanto al hecho de contemplar una agravante genérica por motivos machistas o por razones de género frente a los tipos género-específicos creados por la LO 1/2004, será objeto de nuevo debate en virtud de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso (en concreto por la parlamentaria Rosa Díez González, de UpyD). De este modo, se presenta una enmienda que pretende la introducción de una nueva circunstancia novena del artículo 22 consistente en “ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”⁸⁷, en consonancia con la definición de violencia de género reconocida en el artículo 1 de la LMPiVG.

Esta enmienda, y las relacionadas con la misma, no solo pretende la introducción de la agravante genérica sino al mismo tiempo eliminar los tipos género-específicos e incorporar un elemento finalista en la tipificación de los delitos de violencia de género consistente en actuar contra la violencia como manifestación de la discriminación, y ello por cuanto, que a criterio de la parlamentaria, y pese a la declaración de constitucionalidad de la LO 1/2004, se producía una asimetría penal al condenar de forma diferente los actos violentos según sean cometidos por un hombre o una mujer y una vulneración de los principios de presunción de inocencia y de legalidad.

87 Enmienda 398 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 52-9, de 18 de marzo de 2010, pág. 180. Enmienda que pretende la introducción de la agravación genérica de la pena y que hay que poner en relación con las enmiendas 424 a 435 y que pretendían la supresión de los tipos género-específicos relacionados con la violencia de género introducidos mediante la LO 1/2004.

No obstante, y como ya ocurriera con dicha pretensión durante la tramitación de la propia Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no será acogida por la Ponencia ni por la Comisión de Justicia, ni tampoco asumida por el legislador, permaneciendo así los tipos específicos relacionados con la violencia de género y sin incluir una agravación genérica por motivos machistas o por razones de género.

4

—

La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015: la introducción de las razones de género en la agravante

Como hemos comprobado con anterioridad, en diversas ocasiones se pretendió introducir en el Código Penal una agravante genérica en relación con el género, bien mediante modificación de la circunstancia cuarta del artículo 22, bien mediante la introducción de una circunstancia adicional en el mismo precepto. Dicha inclusión, por diversos motivos de política criminal, se pretendía por medio de la sustitución de los tipos específicos relacionados con la violencia de género, que se derogarían, de modo que su aplicación se restringiría a las situaciones de violencia doméstica (independientemente del autor y de los sujetos pasivos del delito), por una agravante genérica.

Frente a ello, el legislador ha optado por introducir la agravante genérica en el propio epígrafe cuarto del artículo 22, como un motivo adicional de discriminación, sin modificar los tipos género-específicos y manteniendo por tanto los mismos en una serie de supuestos seleccionados por el legislador en función de la frecuencia comisiva de estos, no optando, como gran parte de la doctrina solicitaba, por la introducción de una circunstancia agravante nueva⁸⁸.

88 En relación con el interés de gran parte de la doctrina de crear una nueva circunstancia agravante, en lugar de los tipos específicos así como de la inclusión de este motivo discriminatorio en el epígrafe cuarto, COLÁS TURÉGANO indicaba que:

“podría resultar adecuado recoger en el catálogo general de agravantes del Art. 22 una que contemplara ese plus de gravedad que se observa en ciertos ataques discriminatorios del varón a su pareja. Ciertamente que nuestro Código Penal ya recoge una circunstancia agravante que vendría a recoger el sentido y finalidad de la propuesta, me refiero a la agravante de discriminación por razón de sexo recogida en el ap. 4º del Art. 22. Sin embargo en ella se equiparan situaciones muy diversas que pueden dar lugar a un tratamiento discriminatorio, y la aplicación que, desde su introducción en el año 1995, han hecho los tribunales ha sido muy escasa es por ello que quizás resulta adecuado para su mayor llamada de atención el crear una circunstancia específica fundamentada en la discriminación por razón de género. A su aplicación ayudaría la existencia de los juzgados especiales de violencia contra la mujer que deberían estar dotados de profesionales especializados en valorar la concurrencia o no de situaciones de discriminación por razón de género.

Son muchas las ventajas que, en mi opinión, se derivarían de la asunción por el legislador de tal propuesta. Para empezar se eliminarían las sospechas de vulneración de principios constitucionales como el de la igualdad, pues tan solo se aplicaría la agravante cuando efectivamente quedara acreditado que la actuación masculina supone una manifestación de la discriminación contra la mujer, no podría elevarse contra dicha agravante la tacha de inconstitucionalidad por incluir presunciones al no ser de aplicación automática en el ámbito de la relación de pareja. Por ello entiendo que tal solución simplifica el problema sin mermar la eficiencia preventivo general de la norma penal.

El proyecto de ley, aunque hace referencia de forma expresa a la violencia de género en su Preámbulo, no lleva a cabo inicialmente la propuesta de introducir la agravación genérica de las penas por motivos discriminatorios relacionados con el género. El proyecto, por tanto, no acometía una de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 1981, ratificada por España (Convenio de Estambul), que, titulado “Circunstancias agravantes”, conminaba a los Estados parte en la Convención a fin de que adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para introducir en sus correspondientes ordenamientos jurídicos penales una serie de circunstancias que agravasen la responsabilidad criminal, siempre que las mismas no fueran ya por sí elementos constitutivos del delito, siendo una de dichas circunstancias “que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la fami-

Por otra parte, es una solución más adecuada y respetuosa con la dignidad de la mujer, alejándose de posiciones excesivamente proteccionistas, que transmiten una imagen de la mujer como sujeto especialmente vulnerable que poco favorece la lucha por la igualdad [...].

Frente a las críticas de estrechez de la regulación vigente, sería aplicable a todos los casos de agresión en que hubiera un componente de discriminación contra la mujer por razón de género. [...] La inclusión de esta nueva agravante permitiría al juez evaluar el contenido discriminatorio del ataque en cualquier figura delictiva y no en unas pocas como hasta ahora y, lo que es más importante, en las más graves”.

Colás Turégano, Asunción: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género” en AAVV, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique (coords.): *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 385 y ss.

lia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad”⁸⁹.

Es en el posterior trámite parlamentario de esta reforma del Código, y con ocasión de las enmiendas propuestas por los grupos parlamentarios, en concreto del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo Parlamentario UPyD, cuando vuelve a plantearse, una vez más, la voluntad de introducir esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. No obstante, se realiza por dos medios diferentes. Por un lado, el Grupo Parlamentario Popular⁹⁰ lo que propone es actualizar los motivos de discriminación comprendidos en la circunstancia cuarta del artículo veintidós, esto es, introducir como uno de los motivos de discriminación las “razones de género” al ser este último un concepto diferente al sexo; y ello partiendo de los términos o definiciones contenidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y que han sido ya objeto de estudio en el primer capítulo del presente trabajo. Y por otro lado, el Grupo Parlamentario UPyD propone introducir una nueva circunstancia agravatoria independiente de la agravación ge-

89 No obstante, y a este respecto, LLORIA GARCÍA entiende que la previsión establecida en el art. 46 del Convenio de Estambul ya se encontraba introducida en nuestro Código Penal por medio de la agravante mixta de parentesco. Lloria García, Paz: “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul”, AAVV, Pardo Iranzo, Virginia (dir.): *La encrucijada de Europa. Luces y sombras para un futuro común*, edita la Universidad de Valencia, Colección Universitat i Territori, Valencia, 2015, pág. 93.

90 Enmienda 814 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pág. 526.

nérica de discriminación (numerada como novena), redactada en los mismos términos que la enmienda que ya presentó el mismo grupo parlamentario durante la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010 y que justifica en:

“eliminar las desigualdad automática en determinados tipos penales cuando los delitos se cometen en el seno de una relación afectiva. De tal forma que, en lugar incardinar una desigualdad en los tipos, se establezca una agravante genérica que deberá ser comprobada para aplicar consecuencias jurídicas diferenciadas. Esta modificación permite garantizar la igualdad entre hombres y mujeres ante el derecho penal a la vez que otorga una herramienta general para los jueces y magistrados cuando en los delitos investigados se encuentre una motivación machista”⁹¹.

Es decir, que esta última enmienda, junto con las relacionadas a la misma y que afectan a los tipo género-específicos, no solo pretende la introducción de la enmienda genérica y eliminar los tipos penales introducidos mediante la LO 1/2004, sino que además parte de que se está produciendo una aplicación automática de los tipos penales específicos en virtud de la constitucionalidad de la LO 1/2004 declarada por el Tribunal Constitucional⁹² y quiere eliminarla mediante la necesidad de acreditar de forma fehaciente la voluntad machista del sujeto activo de ejercer una situación de poder como manifestación de su

91 Enmienda 518 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en el Congreso. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pág. 325.

92 Entre otras, Stc. del TC, Pleno, número 59/2008, de 14 de mayo. EDJ 2008/48144.

posición de dominación en la relación de pareja y la existencia de una desigualdad previa en la misma.

La Ponencia del proyecto de ley acepta en su informe⁹³ la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, por lo tanto, admite la inclusión de las razones de género en la agravante genérica de discriminación, y propone transacción a la enmienda del Grupo Parlamentario UPyD que no es aceptada por este con base en su propia justificación. De este modo, la Comisión de Justicia propuso en su dictamen⁹⁴ la inclusión de las razones de género en la circunstancia 4^a del artículo 22 del Código Penal y tal y como es propuesta será finalmente aprobada por el Congreso y por el Senado.

En esta última Cámara de representación se propondrá, por un lado, sustituir la referencia a “otra clase de discriminación” simplemente por “otros” motivos y, por otro lado, la incorporación de otras circunstancias discriminatorias, como la situación familiar, el origen territorial, la identidad cultural, la identidad lingüística, el aspecto físico o la condición de persona sin hogar⁹⁵. No obstante, en el Senado no serán admitidas ninguna de las enmiendas quedando redactado conforme a la propuesta aprobada en el Congreso, esto es, “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente

93 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-3, de 21 de enero de 2015, pág. 3.

94 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-4, de 22 de enero de 2015, pág. 25.

95 Enmiendas 122, 466, 537 y 850 publicadas en el BOCG, Senado, Serie I: Iniciativas Legislativas, núm. 475, de 23 de febrero de 2015.

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 discapacidad”.

La introducción de las razones de género como una de las clases de discriminación se justifica en el propio Preámbulo de la Ley en la diferenciación entre el sexo y el género y la diferente fundamentación en uno y otro supuesto; de este modo, el epígrafe XXII del Preámbulo indica 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”.

5

—

Conclusiones

En definitiva, el legislador ha optado por incluir la circunstancia agravante dentro del epígrafe cuarto del artículo 22, sin crear un apartado nuevo y específico respecto de la discriminación por razones de género.

De este modo, ha introducido la agravación de la comisión de los hechos por motivos discriminatorios basados en las razones de género en la propia circunstancia cuarta sin exigir más requisitos o justificaciones que en el resto de motivaciones del autor y lo ha llevado a cabo para adecuar dicha circunstancia al contenido del Convenio de Estambul. Además, ha mantenido los tipos género-específicos para aquellos hechos relacionados con la violencia de género que ha entendido que son más relevantes desde la perspectiva de la reiteración delictiva.

Entiendo que, si bien no es ajena a la técnica legislativa en nuestro ordenamiento jurídico penal la coexistencia de agravaciones genéricas en la parte general del código al mismo tiempo que se tipifican como delitos acciones que incluyen alguna o algunas de ellas en la propia descripción típica⁹⁶, en este caso habría sido más conveniente, en aras a una correcta interpretación sistemática del Código Penal, la supresión de los tipos género-específicos en favor del mantenimiento de una agravación general. Y ello si tenemos en cuenta que, como se ha indicado con anterioridad, el interés del legislador en mantener los tipos género-específicos, no obedece a la gravedad de los hechos sino a su frecuencia comisiva.

Por otro lado, y como se tendrá ocasión de profundizar más adelante y de realizar la correspondiente propuesta *lege ferenda*, habría sido

96 A modo de ejemplo, la ejecución del hecho con alevosía es reconocida como agravante genérica en el art. 20.1ª del CP al mismo tiempo que es motivo para calificar unos hechos como asesinato (art. 139.1.1ª CP) o supone la comisión de un delito de lesiones agravado (148.2º CP). Todo ello teniendo en cuenta que no es posible aplicar la agravante genérica en los supuestos en los que se entiende ya incluida en la descripción típica, conforme a lo dispuesto en el art. 67 de nuestro Código.

conveniente establecer una agravante genérica independiente, es decir, un nuevo epígrafe en el artículo 22. Ello atendiendo a las características propias de la violencia por razones de género, enclavada ésta en un sistema social heteropatriarcal generalizado construido históricamente, no natural, dicotómico (hombre/mujer) y jerarquizado de dominación sexual en el que el poder es ejercido históricamente por los hombres, un “sistema sociopolítico que ubica el poder en los hombres en sus diversas dimensiones: familiar, ideológica, etc., con el que los hombres, a través de la fuerza, la presión directa, los rituales, la tradición, la ley, el lenguaje, las costumbres, la educación y la división del trabajo, determinan el papel que desarrollarán las mujeres para mantener su sometimiento a los hombres”⁹⁷.

Pese a las similitudes que esta agravación pueda tener con respecto a la antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, existen importantes diferencias que evitan que pueda ser interpretada la presente agravación conforme a los postulados que el Tribunal Supremo determinó respecto a aquella⁹⁸.

97 Aranguren Vigo, Miren Edurne: “Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz”, en AAVV, Marchal Escalona, Antonio Nicolás (dir.): *Manual de lucha contra la violencia de género*, 1ª ed., Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 98.

98 En este sentido CUERDA ARNAU refiere que “no hay duda de que hoy ya no puede entenderse al modo de la antigua agravante de desprecio de sexo, esto es, ‘como acción delictiva de un hombre dirigida contra una mujer, siendo que, por razón del sexo, se debe a aquella particular respeto’ (RODRÍGUEZ MOURULLO Y ZAPATER FERRER). Por ello, el legislador de 1983 la suprimió del viejo Código, para adaptarlo también en esto a la Constitución”.

Hay que tener en cuenta que en ambas se hace referencia en realidad a razones de género y no de sexo, pese a que la literalidad de la anterior agravación de la pena haga referencia a este último concepto y no al de género. Sin embargo, el fundamento es distinto dado que mientras que en la primera se protegía a la mujer de las acciones delictivas por las que pudiera ser objeto de agresión teniendo en cuenta el honor y la honestidad de la función de la mujer en sociedad y en familia, en el presente caso se pretende la protección de esta sin hacer referencia a estos conceptos basados en estereotipos patriarcales, como explicaremos con posterioridad.

Pero, además, hay que tener en cuenta principalmente que la primera agravante pretendía o protegía el mantenimiento de un rol de género determinado basado en las funciones de la mujer en la sociedad y en la familia, esto es, funciones asistenciales y de cuidado, y en la que debe llevar una vida pública moralmente intachable para las costumbres de la época. Tanto es así que las mujeres que no cumplieran con dicho estereotipo no eran objeto de protección. Este era principalmente el motivo por el que se propugnaba en favor de su eliminación del Código Penal, atendiendo al principio de igualdad. Frente a ello, la actual agravación lo que pretende es luchar contra la situación de dominación de la mujer por parte del hombre y contra la discriminación, esto es, en favor de la igualdad, sancionando con mayor pena aquellos actos delictivos que tienen como objetivo la subyugación de la mujer y el mantenimiento de los roles de género.

CAPÍTULO II

Los conceptos género y violencia de género

Los conceptos género y violencia de género

1

—

Introducción

La agravante contenida en el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código Penal contempla una serie de circunstancias o clases de discriminación que, si concurren en la motivación del autor para cometer el hecho típico, se entiende que este es merecedor de un incremento en la pena. Dado que el presente trabajo se limita al estudio de las razones de género como motivo de agravación y estas se relacionan habitualmente con otros conceptos reconocidos en el mismo precepto, resulta necesario metodológicamente delimitar qué se va a entender en adelante cuando hacemos referencia a género, sexo, identidad sexual o identidad de género. Hay que tener en cuenta que en relación con estos conceptos existen dudas e interpretaciones ambiguas o con unos límites poco

claros, e incluso desconocimiento o ignorancia⁹⁹. Se podría argumentar que resulta indiferente cuál es el motivo del autor (sexo o género) puesto que dicha determinación no supone modificación en la pena a imponer, pero a la hora de calificar una acción se hace necesario, por seguridad jurídica y en virtud del principio de legalidad, determinar el motivo concreto por el que se incrementa la sanción penal¹⁰⁰.

El hecho de que el legislador haya optado por enumerar estos supuestos de discriminación de manera diferenciada en la redacción del precepto nos obliga, en aras a la aplicación del principio de interpretación gramatical de las normas¹⁰¹, a distinguirlos y definirlos con carácter

99 Basta con comprobar, como hemos indicado con anterioridad (nota a pie de página núm. 82) cómo parte de la doctrina había valorado como innecesaria la inclusión expresa del concepto de identidad de género o sexual en la circunstancia 4ª del art. 22 por cuanto que entendían que el concepto 'orientación sexual' comprendía, a su vez, el de identidad sexual o de género.

100 Aunque no es posible en el presente trabajo profundizar en el debate existente en relación con los conceptos referidos, atendiendo a la delimitación de los mismos tanto en su aspecto material como en su extensión, intentaré concretar a qué me voy a referir en adelante con cada uno de dichos términos, indicando no obstante la existencia de otras teorías o concepciones al respecto.

101 DÍEZ-PICAZO nos indica en relación con este tipo de interpretación que una "operación interpretativa que utiliza la vía del razonamiento o la vía del pensamiento comprende, en mi opinión, tanto lo que entre los juristas suele llamarse 'interpretación gramatical', como aquella otra que se apoya o se fundamenta sobre operaciones intelectuales. El punto de partida de este tipo de interpretación suele venir constituido, en la mayor parte de las ocasiones, por un elemento literal o filológico que es la letra o el tenor del texto en el cual se encuentra encerrada la norma jurídica. [...] Ante todo, en la investigación gramatical existe lo que podríamos llamar una interpretación semántica o filológica. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como

previo a cualquier estudio de la agravante.

Pero además, es necesario relacionar el concepto de género con el concepto de violencia de género. El legislador, como consecuencia del alarmante número de víctimas de este tipo de violencia¹⁰², ha pretendido por medio de numerosas reformas legislativas luchar contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres –no solo desde el ámbito penal– y la presente agravación no es sino una evolución de dicho desarrollo legislativo. Pero la violencia de género, como concepto integrado en nuestro ordenamiento jurídico, ha sufrido una importante evolución hasta su actual configuración y además se ha visto afectado o confundido por otros conceptos jurídicos no penales. De este modo no solo ha existido una evolución en cuanto a la terminología a emplear, sino que además, el legislador ha interpretado el contenido de dicha violencia de forma diferente a lo largo del tiempo, aumentando el alcance del mismo, y ha diferenciado los conceptos de sexo y género al relacionar dicha violencia con las estructuras o roles socialmente establecidos en virtud del sexo del sujeto. Esto nos obliga a determinar no solo a qué se refiere el legislador con el término género sino también a qué pretende el legislador hacer frente con esta agravación.

un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió al que pronunció la palabra o redactó el texto". Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho...*, cit., pág. 258.

102 Acceso al portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género en el enlace: <http://estadisticasviolenciagenero.mssi.gob.es/> (consulta efectuada el 24 de diciembre de 2017).

2

Sexo, género e identidad sexual o de género

Los conceptos sexo, género e identidad sexual o de género guardan una estrecha relación entre sí en una cultura heteropatriarcal como la nuestra, basada en un sistema binario del género/sexo¹⁰³ en la que se establece una distinción de los individuos con base en la identidad sexual reconocida al nacer y fruto de la misma se asigna a cada persona una serie de funciones. Separación de los sujetos tradicionalmente dicotómica que tiene como punto de partida el concepto biológico tradicionalmente asumido de hombre y mujer.

No obstante, estas categorías sociales que han venido definiendo a las personas en uno u otro lado, ha sido objeto de una necesaria evolución social. Y ello, tanto respecto a la lucha frente a la asignación de

103 El sistema binario del género/sexo predominante en nuestro ámbito cultural es aquel en virtud del cual se entiende que existen dos únicos sexos y a cada uno de ellos le corresponde una serie de tareas, características, funciones, etc., es decir, un rol determinado, tal y como después veremos. El sistema binario del género/sexo ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, como “modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas *trans* o *intersex*)”.

los roles a cada uno de los sexos por parte principalmente de los movimientos sociales relacionados con el feminismo y la defensa de los derechos de lesbianas, gais, transexuales y bisexuales, como en relación con el debate sobre una identidad sexual diferente a la normativa. Cambio que tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico interno así como en la normativa internacional.

Al mismo tiempo es necesario no solo distinguir entre los conceptos de sexo y género, sino también entender a qué se refiere el legislador con el concepto de identidad sexual o de género. Este concepto ha sido objeto de confusión legislativa y doctrinal, llegando incluso, como hemos tenido ocasión de comprobar, a confundirlo con la orientación sexual. Hay que tener en cuenta que la identidad sexual o de género no normativa es una de las manifestaciones existentes frente a la división de sexo y género estable y dicotómica determinada por las sociedades en las que rige una cultura patriarcal. Esta similitud puede confundir dicho concepto con la discriminación por motivos de género.

2.1

—

SEXO-GÉNERO

Hasta mediados del siglo XX el concepto género tenía un uso meramente gramatical¹⁰⁴. Esto es, y tomando en consideración la acep-

104 En este sentido MIRANDA-NOVOA indica que: “Originariamente este vocablo tenía un uso meramente gramatical, que distinguía palabras masculinas, femeninas o neutras. [...] A partir de la segunda mitad del siglo XX empieza a considerarse, cada vez

ción octava de la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, género con relación al hombre y a la mujer no sería más que una “categoría gramatical inherente en sustantivos y pronombres, codificada a través de la concordancia en otras clases de palabras y que en pronombres y sustantivos animados puede expresar sexo”¹⁰⁵. De este modo, hasta entonces se podía decir que “las palabras tienen *género* (y no *sexo*), mientras que los seres vivos tienen *sexo* (y no *género*)”¹⁰⁶.

En el año 1949 se publica la obra de Simone DE BEAUVOIR “El segundo sexo” y se considera que es a partir de los argumentos contenidos en la misma cuando la autora “rompió [...] con la idea del sexo como expresión directa de lo natural. Aseguraba que hombres y mujeres no son especies

con más fuerza, que los rasgos propios de la feminidad y la masculinidad obedecen a la asignación de roles o funciones a cada uno de los sexos por parte de la sociedad. De esta manera, la expresión género, que en un principio tenía un uso meramente gramatical, pasó a convertirse en una categoría utilizada por las ciencias sociales para el estudio de las diferencias entre varón y mujer”. Miranda-Novoa, Martha: “Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género”, *Dikaion Revista de actualidad jurídica*, editada por la Universidad de La Sabana, Colombia, volumen 21, número 2, 2012, pág. 343.

105 Actualmente el propio Diccionario reconoce en su acepción tercera un concepto más amplio que relaciona el sexo de los sujetos con un “punto de vista sociocultural”, aunque como veremos el significado de este término ha sido objeto de una evolución en el propio Diccionario, que inicialmente negaba dicha diferenciación.

106 Esta conclusión siguió manteniéndose por la RAE en el Informe académico sobre la expresión violencia de género elaborado con ocasión del anuncio que el gobierno español realizó en relación con la presentación del Proyecto de ley integral contra la violencia de género (LO 1/2004 finalmente denominada de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género) y que puede consultarse en <https://www.uv.es/~ivorra/documentos/Genero.htm> (enlace web consultado en fecha 26 de noviembre de 2017).

naturales sino ideas históricas, que la sociedad humana no es la ‘especie’ humana, que sus costumbres no se pueden deducir de la biología y que desde el momento en que los individuos se inscriben en un entramado social, no aparecen abandonados a la naturaleza”¹⁰⁷. En definitiva, rompe con la idea de que las diferencias existentes entre hombres y mujeres sean derivadas de la naturaleza o biología de los sexos y entiende que las mismas son construcciones socioculturales en virtud de las cuales se regulan las relaciones entre hombres y mujeres subyugando a estas últimas a posiciones de inferioridad y sumisión y asignando rasgos y características distintas para cada uno de los sexos (fuerza, dominación, autoridad, tareas productivas, etc. frente a debilidad, sumisión, tareas asistenciales y reproductivas, etc.). Es decir, y en sus propias palabras, “(n)o se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; el conjunto de la civilización elabora este producto intermedio entre el macho y el castrado que se suele calificar de femenino”¹⁰⁸.

Aunque este concepto ya aparece poco después en el terreno de la psicología¹⁰⁹, es a partir de los años setenta cuando se va a generalizar por

107 Expósito García, Mercedes: “El devenir del sistema sexo-género. La necesidad de hablar de las mismas cosas”, en *Cuadernos Kóre*, editada por la Universidad Carlos III, Madrid, volumen 1, número 2, 2010, pág. 76.

108 De Beauvoir, Simone: *El segundo sexo*, 1ª edición, ediciones Cátedra, Valencia, 2005, pág. 371.

109 En este sentido GARAIZABAL ELIZALDE refiere que “el concepto de género aparece [en el terreno de la psicología] por primera vez en los estudios de Money (1957) y Stoller (1974) sobre hermafroditismo y transexualidad. Particularmente Stoller introduce la necesidad de diferenciar entre lo que es el sexo, de orden biológico (que englobaría las características genéticas hormonales y fisiológicas), y lo que es el género,

parte de los movimientos feministas estadounidenses la diferenciación entre los conceptos de género y sexo con el fin de luchar contra la desigualdad entre hombres y mujeres y se van a realizar los primeros estudios de género en el entorno anglosajón¹¹⁰. Como indican OSBORNE

de orden psicológico, que se define como la convicción íntima de la persona de pertenecer a un género determinado (aunque en el caso de las personas transexuales este no coincida con el que socialmente se les atribuye por sus características biológicas)”. Garaizabal Elizalde, Cristina: “Transexualidades, Identidades y Feminimos” en AAVV, Missé, Miquel y Coll-Planas, Gerard (ed.): *El género desordenado. Críticas en torno a la patalogización de la transexualidad*, editorial Egales, Barcelona, 2010, pág. 134.

110 Aunque inicialmente se asumía con carácter general esta idea y va a ser la que va a predominar, no podemos olvidar que van a subsistir dos concepciones enfrentadas en el feminismo en relación con el género, esto es, el denominado feminismo de igualdad frente al feminismo de la diferencia. Así nos indica BRUNET ICART que “sobre la constatación del dimorfismo sexual se ha abierto una confrontación de perspectivas feministas antagónicas. Por un lado, el feminismo de la igualdad, de raíz ilustrada. Un feminismo que denuncia ‘las diferencias de género, porque entiende que lo masculino y lo femenino han sido el resultado de la construcción de la razón patriarcal. Propone, en consecuencia, la superación de los géneros en una sociedad no-patriarcal de individuos. El feminismo de la igualdad entiende que hoy sigue siendo posible la extensión de esta reivindicación ilustrada a las mujeres y propone, por tanto, como uno de sus objetivos prioritarios, desenmascarar cuánto de interés patriarcal hay en estas identidades de género –lo masculino y lo femenino–, en estos moldes genéricos que permiten perpetuar estereotipos, que no resultan ser nada favorables para las mujeres’ (Posada, 2007:294). Por otro lado, el feminismo de la diferencia, entendida ésta como lo diferente, no como lo inferior, sino como ‘lo otro,’ como ‘lo no-idéntico.’ Un feminismo que se fundamenta en la crítica feroz al feminismo igualitario, al que tilda de reformista por demandar la equiparación de derechos entre hombres y mujeres. Para el feminismo de la diferencia ‘la dualidad de géneros no puede ser reclamada ni abolida, puesto que se trata de un orden dual que no es ni cultural ni biológico, sino que pertenece al orden de las cosas mismas –casi en un sentido existencial u ontológico’ (Posada, 2007a:295)”. Brunet Icart, Ignasi; “La perspectiva de género”, en *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, editada por la Asociación Castellano-Manchega de Sociología, Toledo, núm. 9, 2008, pág. 23.

VERDUGO y MOLINA PETIT, a partir de la década de los setenta, el género “va a inscribirse en la teoría feminista como una nueva perspectiva de estudio, como una categoría de análisis de las relaciones entre los sexos, de las diferencias de los caracteres y roles socio-sexuales de hombres y mujeres y, finalmente, como una crítica de los fundamentos ‘naturales’ de esas diferencias”¹¹¹.

Así, de forma provisional y antes de profundizar en ello, como indica OSBORNE VERDUGO, la diferenciación entre sexo y género “alude a los valores diferenciales que se adscriben socialmente a cada uno de los sexos a la vez que implica pensarlos de manera relacional”¹¹².

Podemos partir, para diferenciar ambos conceptos, de la definición del término género en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que, en su acepción tercera de la vigesimotercera edición, hace precisamente énfasis en el enfoque sociocultural del concepto de género al definirlo como “grupo al que pertenecen los seres humanos

En definitiva, mientras que el feminismo de la igualdad lucha contra la división sexual del trabajo, el patriarcado, etc. y pretende eliminar por medio de reformas legislativas cualquier tipo de diferencia artificial basada en el sexo; el feminismo de la diferencia, como reacción a la anterior tendencia hegemónica, pretende hacer valer la diferencia entre hombres y mujeres para llegar a la igualdad, haciendo de la diferencia sexual como el eje liberador de la mujer y construyen así una identidad propia sin intromisiones de la masculinidad. Así, este último no habla de lucha contra la desigualdad sino de lucha contra la diferencia.

111 Osborne Verdugo, Raquel y Molina Petit, Cristina: “Evolución del concepto de género”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, editada por la UNED, Madrid, núm. 15, 2008, pág. 147.

112 Osborne Verdugo, Raquel: *Apuntes sobre violencia de género*, 1ª edición, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2009, pág. 31.

de cada sexo, entendido ése desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”, mientras que sexo lo define, en su primera acepción, como “condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”. De estas definiciones ya se puede deducir que la diferencia entre ambos conceptos es el enfoque biológico (condición orgánica) o sociocultural¹¹³.

El término sexo hace referencia, así, a un concepto puramente biológico por el que se define a un sujeto según las características orgánicas, anatómicas y fisiológicas de las personas, de modo que, de forma mayoritaria se diferencian a las personas según el sexo masculino o femenino¹¹⁴. No obstante, desde parte del feminismo, aunque en una proporción no mayoritaria, se pone también en duda la consideración del sexo como algo

113 No obstante, hay que tener en cuenta que en el ya referido Informe académico sobre la expresión violencia de género elaborado por la RAE con ocasión del anuncio que el gobierno español realizó en relación con la presentación del Proyecto de ley integral contra la violencia de género, se ponía en duda esta diferenciación tan categórica. De este modo se indicaba que “en la tradición cultural española la palabra *sexo* no reduce su sentido al aspecto meramente biológico. Basta pensar al propósito lo que en esta línea ha significado la oposición de las expresiones *sexto fuerte/sexo débil*, cuyo concepto está, por cierto, debajo de buena parte de las actuaciones violentas” (referir que recientemente, en diciembre de 2017 la propia institución lingüística ha introducido en el concepto de sexo débil la referencia “usado con intención despectiva o discriminatoria”).

114 Aunque por exceder de lo tratado en este epígrafe no voy a tratar esta circunstancia, hay que tener en cuenta que además de los sexos hombre y mujer hay realidades de intersexualidad y hermafroditismo o el denominado tercer sexo, que supera la tradicional diferenciación binaria que se ha dado al concepto sexo. Tanto es así que algunos países como La India, Bangladés, Argentina y Australia entre otros, e incluso en el entorno europeo en Alemania, han creado el concepto jurídico de tercer sexo, tercer género o sexo neutro.

natural y se defiende que el sexo es igualmente un concepto construido, siendo el referente de dicho movimiento teórico la filósofa Judith BUTLER¹¹⁵.

Por el contrario, el concepto género, hace referencia a la construcción social generada en torno a los sexos, es decir, al “conjunto de elementos públicos o privados que hace que nos identifiquemos como hombres o mujeres, de acuerdo con esos patrones socioculturales y según los modelos dominantes que interiorizamos como valores y normas de comportamiento”¹¹⁶. Tradicionalmente, en términos de desigualdad, se han venido asignando a ambos sexos una serie de roles o funciones determinadas como consecuencia de la estructura patriarcal, y por lo tanto dicotómica, de la sociedad, siendo así que a la mujer se le han atribuido funciones privadas o correspondientes al ámbito doméstico (cuidado, afecto emocional y sexual, reproducción biológica, etc.) mientras que al hombre se le han asignado funciones públicas y productivas (trabajo remunerado para el mantenimiento de la unidad familiar, protección, toma de decisiones, etc.); funciones de cada uno de los sexos que lleva aparejado un carácter o un estereotipo diferente respecto al modo de actuar (debilidad, dependencia y sumisión frente a fuerza, asertividad y autonomía).

El término género fue consolidándose y alcanzó su máximo reconocimiento legal en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de

115 Obras de referencia en este sentido son Butler, Judith: *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, 1ª edición, editorial Paidós, Barcelona, 2007 y, Butler, Judith: *Deshacer el género*, 1ª edición, editorial Paidós, Barcelona, 2006.

116 Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico penales*, editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 1ª edición, Madrid, 2007.

Beijing, celebrada en septiembre de 1995¹¹⁷, en la que se hace referencia constante a dicho concepto y en el que fue objeto de debate la interpretación del mismo. Tanto fue así que la Presidenta de la Conferencia realizó una declaración formal al respecto que consta unida como Anexo IV del Informe¹¹⁸.

En definitiva, cuando se está hablando de género, lo que se está haciendo es identificar a cada uno de los sexos con una serie de funciones que

117 Puede consultarse el texto íntegro del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en el enlace: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> (enlace web consultado el 2 de diciembre de 2017)

118 La declaración indica que:

“5. Durante la 19ª sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, reunida en su calidad de órgano preparatorio de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se planteó la cuestión relativa al significado del término ‘género’ en el contexto de la Plataforma de Acción de la Conferencia. A fin de examinar la cuestión, la Comisión decidió establecer un grupo de contacto en Nueva York, que estaría presidido por la Relatora de la Comisión, Sra. Selma Ashipala (Namibia). La Comisión encargó al grupo de contacto oficioso que llegara a un acuerdo sobre la interpretación más común del término ‘género’ en el contexto de la Plataforma de Acción y que informara directamente a la Conferencia de Beijing.

6. Habiendo examinado detenidamente la cuestión, el grupo de contacto señaló que: 1) el término ‘género’ se había utilizado e interpretado comúnmente en su acepción ordinaria y generalmente aceptada en muchos otros foros y conferencias de las Naciones Unidas; 2) no había indicación alguna de que en la Plataforma de Acción pretendiera asignarse al vocablo otro significado o connotación, distintos de los que tenía hasta entonces.

7. En consecuencia, el grupo de contacto reafirmó que el vocablo ‘género’, tal y como se emplea en la Plataforma de Acción, debe interpretarse y comprenderse igual que en su uso ordinario y generalmente aceptado. El grupo de contacto acordó también que el presente informe fuera leído por la Presidenta de la Conferencia con carácter de declaración de la Presidenta y que esa declaración formase parte del informe final de la Conferencia”.

le son propias no por una cuestión biológica, sino por una construcción social sobre lo que debe entenderse como apropiado para el hombre y lo que se considera apropiado para la mujer o, como expresa el Convenio de Estambul, “[p]or ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”¹¹⁹. Esto es, como indica MARTÍNEZ GARCÍA, “el concepto género incluye la construcción social elaborada sobre la base de la existencia de dos sexos biológicos, sobre los que se construyen pautas de identidad y de conducta que se predicán de cada uno de los sexos. Es decir, socialmente se construyen dos géneros a los que atribuye roles, identidad, poder, recursos, tiempos y espacios diferentes”¹²⁰. Dichas funciones o roles correspondientes a cada uno de los sexos no surgen de forma espontánea ni son inherentes o naturales a cada uno de los sexos sino que, como he indicado anteriormente, se establecen socialmente y vienen determinados por la construcción patriarcal de nuestras sociedades.

Sistema patriarcal que hay que recordar que consiste en un sistema histórico, no natural, dicotómico (hombre/mujer) y jerarquizado de dominación sexual en el que el poder es ejercido históricamente por los hombres. Esto es, un “sistema sociopolítico que ubica el poder en los hombres en sus diversas dimensiones: familiar, ideológica, etc., con

119 Art. 3.c 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 y publicado en el BOE número 137, Sección I, pág. 42.946 y siguientes, de seis de junio de 2014.

120 Martínez García, Elena: *La tutela judicial de la violencia de género*, 1ª ed., editorial Iustel, Madrid, 2008, pág. 30.

el que los hombres, a través de la fuerza, la presión directa, los rituales, la tradición, la ley, el lenguaje, las costumbres, la educación y la división del trabajo, determinan el papel que desarrollarán las mujeres para mantener su sometimiento a los hombres”¹²¹.

Esta diferencia entre sexo y género ha sido también objeto de valoración por el Tribunal Constitucional al resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon frente a la LMPIVG. De este modo, ha indicado 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”¹²².

Consecuencia de esta diferencia entre sexo y género se establecen las categorías, por un lado, de hombre y mujer con relación al sexo y, por otro, de lo masculino y lo femenino en relación con el género. Como

121 Aranguren Vigo, Edurne: “Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz...”, *cit.*, pág. 98.

122 Fundamento Jurídico Noveno C de la Stc. número 59/2008, de 14 de mayo, dictada por el Pleno del TC.

nos indica BUTLER, el “género es el aparato mediante el cual tienen lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino, junto con las formas intersticiales hormonal, cromosómica, psíquica y performativa que el género asume”¹²³. Pero también se construyen los conceptos de misoginia¹²⁴ y machismo¹²⁵ relacionado el primero de ellos con el concepto de sexo y el segundo con el concepto de género y la voluntad de mantener el sistema dicotómico patriarcal en nuestra sociedad.

No obstante, y asumiendo el concepto de género en los términos indicados con anterioridad, y ello al ser el que resulta de mayor consenso social y doctrinal, hay que tener en cuenta que el mismo no es único ni pacífico.

123 Butler, Judith: “Relaciones de Género”, traducido por Silva, Moisés, en *Revista de estudios de género La Ventana*, editada por la Universidad de Guadalajara (México), núm. 23, 2006, pág. 11.

No obstante la autora indica también que el “género es el mecanismo mediante el cual se producen y naturalizan las nociones de masculino y femenino, pero podrían muy bien ser el aparato mediante el cual tales términos son desconstruidos (*sic*) y desnaturalizados. De hecho, puede ser que el mismo aparato que busca instalar la norma funcione también para socavar esa misma instalación, que la instalación estuviese, por así decirlo, incompleta por definición”.

124 La misoginia se define como la cualidad o la actitud del “hombre que siente aversión hacia las mujeres o rehuye su trato, y a su modo de pensar, actitud, etc.”. Edición abreviada del *Diccionario de uso del español María Moliner*, 2ª edición, Editorial Gredos, Madrid, 2008.

125 El machismo se define como la “(a)ctitud de prepotencia del hombre respecto a la mujer en la vida social y familiar”. Edición abreviada del *Diccionario de uso del español María Moliner*, 2ª edición, Editorial Gredos, Madrid, 2008.

Asimismo, en la última actualización del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española efectuada en diciembre de 2017 se ha incorporado una segunda acepción consistente en “forma de sexismo caracterizada por la prevalencia del varón” (<http://dle.rae.es/?id=NnO8B9D>, enlace web consultado el 13 de enero de 2018).

Por un lado, la Real Academia de la Lengua Española se ha opuesto a dicha diferenciación, entendiendo que el concepto género ha sido objeto de una errónea traslación a España que se origina con ocasión de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, celebrada en septiembre de 1995. Así, el concepto *gender*, que a juicio de dicho organismo debió ser traducido como *sexo*, en España se incorpora como género. Entiende la RAE que el concepto *sexo* en castellano no se limita a un sentido meramente biológico, sino que se introducen en este concepto también caracteres sociológicos o culturales. De este modo indica que, “en la tradición cultural española la palabra *sexo* no reduce su sentido al aspecto meramente biológico. Basta pensar al propósito lo que en esa línea ha significado la oposición de las expresiones *sexo fuerte/sexo débil*, cuyo concepto está, por cierto, debajo de buena parte de las actuaciones violentas”¹²⁶. No obstante, hay que tener en cuenta que la propia Real Academia de la Lengua Española ha evolucionado respecto a este inicial posicionamiento y ha incorporado el concepto en la última edición de su propio diccionario; en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española, editada en el año 2014, se introdujo en la definición de género una tercera acepción por la que lo define como “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”¹²⁷; signifi-

126 Informe académico sobre la expresión violencia de género elaborado con ocasión del anuncio que el gobierno español realizó en relación a la presentación del Proyecto 1Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) y que puede consultarse en el enlace: <https://www.uv.es/~ivorra/documentos/Genero.htm> (enlace web consultado en fecha 26 de noviembre de 2017).

127 <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi> (enlace web consultado el 5 de diciembre de 2017).

cado o definición que no aparecía en la edición anterior del año 2001¹²⁸.

Por el contrario, y como ya he anunciado previamente, existen posicionamientos que entienden que el sexo no puede concebirse como un concepto biológico o anatómico, sino que es una categoría lingüística creada; y así, BUTLER afirma que el concepto sexo “no es una categoría biológica ni social (y por lo tanto es distinta de ‘género’), sino una categoría lingüística que existe, por así decirlo, sobre la línea divisoria entre lo social y lo biológico”¹²⁹. En definitiva, “los cuerpos no son algo natural sino que son culturalmente construidos y que el sexo no es algo biológico, naturalmente inscrito en el cuerpo, sino que está sujeto al devenir histórico y que en vez de dos sexos podrían haberse establecido tres, cuatro, etc.”¹³⁰.

2.2

IDENTIDAD SEXUAL O DE GÉNERO

El artículo 22.4ª del Código Penal, y con ocasión de su modificación mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce la identidad sexual como motivo discriminatorio que puede ser causa de agravación de la pena, siendo este un concepto normativo no definido y pendiente de valoración. Hasta dicha fecha, como hemos tenido oca-

128 <http://lema.rae.es/drae2001/> (enlace web consultado el 5 de diciembre de 2017).

129 Butler, Judith: “Relaciones de Género”, ..., *cit.*, pág. 13.

130 Expósito García, Mercedes: “El devenir del sistema sexo-género...”, *cit.*, pág. 86.

sión de comprobar en el capítulo precedente cuando hacía referencia a la evolución histórica del precepto, la doctrina mayoritaria venía entendiendo que los motivos de discriminación basados en razones de identidad sexual o de género se consideraban incluidos en el concepto de orientación sexual que se preveía en la redacción anterior¹³¹. No obstante, la identidad sexual o de género es una realidad distinta a la orientación sexual –y ya diferenciada en el referido precepto legal– y es necesario definir la misma a fin de singularizarla respecto de lo que puedan ser las razones de género como motivo discriminatorio objeto de agravación.

Aunque coloquialmente al hacer referencia a la identidad de género o identidad sexual se entiende que se está hablando de las personas transexuales o transgénero¹³², es un concepto más amplio y que no

131 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, cit., pág. 306.

132 Se deben distinguir los conceptos transexual y transgénero. Si bien dicha diferenciación no es pacífica, me voy a remitir a las delimitaciones que nos plantea COLL-PLANAS, y que define estas realidades como:

Transexual: se suele referir a aquellas personas que entienden que la no correspondencia entre sexo y género requiere modificar su cuerpo mediante hormonación y cirugía. No se trata meramente de constatar si ha habido cambio corporal, sino que tiene que ver con una forma de concebir la no correspondencia sexo/género. Esto supone que podemos denominar transexual a una persona que considera necesario transformar su cuerpo aunque no lo haya hecho (por razones económicas, de salud, por ser menor de edad...). En contraposición, una persona puede haberse sometido a la transformación corporal (por ejemplo, mediante la hormonación), pero concebir la no correspondencia sexo/género de una forma que le ubique en la categoría de “transgénero”.

Transgénero: en el contexto latino, será aquella persona que cuestiona la necesidad de escoger entre los roles masculino y femenino y que no considera necesario estable-

se limita a esta realidad. Debemos tener en cuenta que el concepto de identidad sexual o de género no hace referencia única y exclusivamente a las identidades o realidades no normativas o no tradicionales (por ejemplo transexuales), sino que se remite a todo tipo de identidades sexuales o de género, tanto normativas como no normativas. Es decir, dicho concepto también se remite a las personas cissexuales¹³³. No obstante, y teniendo en cuenta que el legislador – no solamente el penal– ha dictado normas para la protección de las minorías que pueden ser objeto de discriminación, cuando se hace referencia a la diversidad sexual como motivo de discriminación, se está remitiendo a aquellas realidades que no se ajustan a los parámetros establecidos en un sistema social heteropatriarcal y dicotó-

cer una correspondencia entre sexo y género mediante la transformación corporal. Lo definitorio de esta categoría es la concepción de la transexualidad, al margen de si la persona ha efectuado o no alguna transformación a nivel hormonal o quirúrgico. En el contexto anglosajón, en cambio, transgénero se usa como término paraguas. Este último uso lo encontramos en el capítulo de Ehrbar, Winters y Gorton.

Vid.; Coll-Planas, Gerard: “Introducción” en AAVV, Missé, Miquel y Coll-Planas, Gerard (ed.): *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, editorial Egales, Barcelona, 2010, pág. 22.

No obstante, cuando coloquialmente se hace referencia al concepto transexual, este se entiende como un término holístico y así, GARAIZABAL ELIZALDE refiere que “transexualidad es una categoría que pretende homogeneizar a todo un conjunto de personas que no se sienten conformes con los géneros establecidos socialmente”. Garaizabal Elizalde, Cristina: “Transexualidades, Identidades y Feminimos”, *cit.*, pág. 132.

133 Se considera persona cissexual o cisgénero aquella en la que su identidad de género autopercibida coincide con el sexo asignado al nacer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, ya citada, ha definido persona cisgénero la situación en la que “la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer”.

mico, es decir, a quienes no identifican el sexo asignado al nacer con su propia expresión de género¹³⁴.

Indicado esto, debemos tener en cuenta que el concepto de identidad sexual o de género tomando en consideración las personas que no se ajustan a las identidades normativas es igualmente amplio. En este sentido, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha indicado que la identidad de género reconoce tanto a las personas transgénero o transexuales (esto es, personas cuya “autopercepción innata no está en conformidad con el sexo que se les asignó al nacer”¹³⁵) así como a las personas intersexuales (es decir, personas “cuyos cuerpos incorporan ambos o ciertos aspectos tanto de la fisiología masculina como de la femenina y, en ocasiones, su anatomía genital”¹³⁶).

134 Conforme al artículo 4.2 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat Valenciana, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana, podemos definir expresión de género como “manifestación de cada persona de su identidad de género”. En relación con el concepto de ‘expresión de género’, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, lo ha definido como “la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida”.

135 Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, de 29 de julio de 2009 –CommDH/IssuePaper (2009)2– “Derechos Humanos e identidad de género”. En castellano en <https://rm.coe.int/16806da528> (enlace web consultado el 11 de diciembre de 2017).

136 *Ibid.*

Identidad de género o sexual, tomando en consideración las normas autonómicas desarrolladas en nuestro Estado, puede así definirse como “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y auto determina, sin que deba ser definida por terceros, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido”¹³⁷; o, como “vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y autodetermina, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado en el momento del nacimiento”¹³⁸. En definitiva, en el concepto de identidad de género o sexual se comprenden aquellas personas que tienen una percepción de sí mismas que no se ajusta al sexo que se les ha asignado registralmente al nacer, ya sea porque se identifican con el sexo opuesto (transexuales), porque cuestionan la necesidad de escoger entre alguno de los sexos y no se identifican con ninguno de ellos (transgéneros) o porque su anatomía reproductiva o sexual no encaja con las definiciones de masculino y femenino (intersexuales¹³⁹).

137 Artículo 1.1 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

138 Artículo 4.1 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat Valenciana, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

139 Tradicionalmente las personas intersexuales eran calificadas o conocidas como personas hermafroditas, realidad definida por la Real Academia de la Lengua Española en referencia a las personas como “que tiene testículos y ovarios, lo cual le da la apariencia de reunir ambos sexos” (<http://dle.rae.es/?id=KCw0nUC> – enlace web consultado en fecha 11 de diciembre de 2017 y que se corresponde con la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española, editada en el año 2014). No obstante

Así, un sujeto transexual o transgénero puede definirse como “aquella persona que se identifica o expresa con una identidad de género diferente del sexo que le fue asignado al nacer¹⁴⁰” comprendiendo “múltiples formas de expresión de la identidad de género o sub categorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, *queer* o personas de género diferenciado¹⁴¹”. Mientras que, una persona intersexual puede definirse como aquella que “nace con una anatomía reproductiva o sexual que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino y femenino¹⁴²”.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (que supuso un importante avance para el reconocimiento de las personas transexuales y transgénero al permitir el cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil sin necesidad de cirugía de reasignación sexual¹⁴³, esto es, faloplastia o vaginoplastia), establece en

dicho concepto se entiende que actualmente no se ajusta a la amplitud del término y además se le ha dado un carácter peyorativo, motivo por el que se considera más apropiado hablar de personas intersexuales.

140 Artículo 4.1 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat Valenciana, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

141 Artículo 1.2 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

142 Artículo 1.3 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

143 Expresamente el art. 4.2 de la Ley 3/2007 indica que “no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual”; e incluso añade que

su artículo cuarto una serie de requisitos para acordar la rectificación. En concreto exige el diagnóstico de disforia de género¹⁴⁴, ausencia de trastornos de personalidad que influyeran de forma determinante en la existencia de la disonancia entre el sexo o género inscrito y la identidad sentida y, tratamiento médico acreditado de reasignación sexual de una duración mínima de dos años. No obstante, hay que tener en cuenta que estos requisitos se exigen única y exclusivamente para resolver conforme a la rectificación registral de la mención del sexo en el Registro Civil, por lo que no son condicionantes que deban requerirse para entender que nos encontramos ante una persona que pueda ser englobada dentro del concepto de diversidad sexual o de género reconocida en el Código Penal.

Aún así, hay que indicar que habría sido más acertado utilizar el concepto identidad de género, frente al término identidad sexual que ha empleado el legislador. En primer lugar hay que tener en cuenta que, atendiendo a las definiciones que se han ofrecido respecto a identidad sexual o de género, lo que se está produciendo es una expresión o externalización por parte de la persona de un género distinto al

los tratamientos médicos que tienen como fin acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado y que tendrán que tener una duración mínima de dos años tampoco “serán requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”.

144 El propio artículo 4, al hablar del diagnóstico de disforia de género se refiere al mismo como un diagnóstico en virtud del cual se determine la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

sexo asignado al nacer, sin que ello suponga, como hemos visto, la necesidad de que se lleve a cabo una modificación de la apariencia o la función corporal mediante tratamiento farmacológico, hormonal o quirúrgico¹⁴⁵. Pero, a mayor abundamiento, el legislador ordinario ha venido empleando con mayor asiduidad el concepto de identidad de género frente a identidad sexual. Así, la propia Exposición de motivos de la Ley 3/2007¹⁴⁶ hace referencia a ella al indicar que la ley tiene como objeto “regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género”, considerando que la transexualidad es un “cambio de la identidad de género”¹⁴⁷. Asimismo y en el ámbito internacional, se hace referencia a este último concepto, pudiendo remitirnos a la Resolución 2013/2183(INI) del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género; en el ámbito del Consejo de Europa, el informe del

145 GARAIZABAL ELIZALDE refiere que la “única manera de confirmar la transexualidad es actuándola, es decir, manifestándose socialmente en consonancia con el género deseado, es decir, el ‘test de la vida real’”. Garaizabal Elizalde, Cristina: “Transexualidades, Identidades y Feminimos”, *cit.*, pág. 131.

146 Como indica MANJÓN-CABEZA OLMEDA “a la identidad sexual se refiere la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, utilizando las expresiones de identidad de género y disforia de género”. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, en AAVV, Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *cit.*, pág. 53.

147 No obstante, no parece acertado indicar que la transexualidad es un cambio de identidad de género conforme a las definiciones ofrecidas a lo largo del presente capítulo, siendo la propia transexualidad una identidad en sí misma.

Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa de julio de 2009 y la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género, adoptada el 31 de marzo de 2010; los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) adoptados en 2006, etc.

De este modo, los conceptos de género y de identidad de género son términos claramente diferenciados. Cuando hacemos referencia a la identidad sexual o de género, en definitiva, lo que existe es un desajuste entre la expresión física y/o biológica de la persona con respecto al sexo asignado al nacer, mientras que con el concepto de género lo que se está poniendo en duda no es el sexo de la persona asignado inicialmente al nacer sino las consecuencias sociales que se imponen a dicho sexo, es decir los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente otorgadas a una persona por el mero hecho de pertenecer a uno u otro sexo. Así, la diferenciación entre ambos conceptos que ha efectuado el legislador resulta correcta y necesaria solucionando, por un lado, el problema que existía previamente respecto a la falta de previsión de la identidad sexual o de género –que doctrinalmente pero de forma incorrecta se solucionaba relacionando esta realidad con la orientación sexual– y, por otro, no confundiendo la identidad sexual o de género con los roles establecidos socioculturalmente respecto a cada uno de los sexos.

3

El concepto de violencia de género. Los diferentes conceptos de violencia de género: concepto jurídico, concepto jurídico penal y otros conceptos.

El término empleado para hablar de la violencia que se ejerce sobre la mujer por razón de género no solo ha desarrollado una evolución histórica hasta la actualidad, sino que además, y fruto de la misma, el propio concepto de violencia de género no tiene hoy en día un significado unitario y sistemático en todo nuestro ordenamiento jurídico, pues no es equivalente en todas las normas con el establecido en el artículo 1 de la LMPIVG¹⁴⁸.

148 El art. 1 de la LMPIVG establece que:

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

Como hemos tenido ocasión de comprobar en el estudio de la evolución histórica de la agravante objeto de investigación, esta es consecuencia de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011, ratificada por España (Convenio de Estambul). Pero el concepto de violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico no es equivalente o unitario en todos los órdenes jurídicos así como en lo que socialmente se entiende como tal, por lo que resulta necesario valorar las distintas definiciones de la violencia de género y determinar a qué se refiere la agravante genérica.

3.1

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO 'VIOLENCIA DE GÉNERO'

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, podemos comprobar cómo ha existido una evolución de la terminología utilizada para calificar la violencia que se comete sobre las mujeres como consecuen-

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

El segundo epígrafe del art. 1 fue modificado por la disposición final tercera de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; como veremos más adelante, esta modificación supuso incluir a los menores hijos de la mujer víctima de violencia de género o sometidos a su tutela, guarda o custodia como víctimas directas de la violencia de género”.

cia de la discriminación existente y con el fin de mantener la dominación sobre las mismas bajo los esquemas sociales heteropatriarcales.

El concepto de violencia de género no es un concepto nuevo sino que, como hemos podido comprobar *supra*¹⁴⁹, ya se menciona en los años setenta del siglo XX por parte de los movimientos feministas. Sin embargo, tardará en llegar a los ordenamientos jurídicos y al Derecho Internacional utilizando inicialmente otros conceptos o una terminología diferente y que pone su punto de referencia en las relaciones familiares existentes entre los sujetos que intervienen en los actos de violencia.

3.1.1 *La evolución internacional del concepto de violencia de género*

En 1975 la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas celebró su Primera Conferencia Mundial y en ella definió un plan de acción mundial para la consecución de los objetivos del Año Internacional de la Mujer, en el que se introducía un amplio número de directrices que tenían como fin el progreso de las mujeres hasta 1985¹⁵⁰. No obstante, y aunque en ella se intentó que la comunidad internacional prestase atención al grave problema de la violencia contra las mujeres en el seno familiar, no fue posible obtener en ese

149 Epígrafe 2.1 del presente capítulo.

150 Informe de la Conferencia Mundial del año internacional de las mujeres, celebrado en México del 19 de junio al 2 de julio de 1975 accesible en el siguiente enlace web: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf> (enlace web consultado en fecha 18 de diciembre de 2017).

sentido un reconocimiento formal de dicho conflicto, limitándose a realizar alguna mención genérica a la violencia que sufrían las mujeres¹⁵¹.

Como indica MAQUEDA ABREU, resulta “significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995). Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. Se trata de una variable teórica

151 En este sentido MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN indican que “la cuestión de la violencia de género y en particular los malos tratos en el ámbito doméstico, han estado presentes en todas las conferencias internacionales sobre las mujeres organizadas por Naciones Unidas. En la Conferencia Mundial de México, celebrada en 1975, se intentó sin éxito que la comunidad internacional prestase atención al grave problema de la violencia contra las mujeres. Sin embargo, el reconocimiento formal del problema no llegó hasta la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Violencia contra la Mujer, realizada en 1993, donde se asume el compromiso de luchar contra la violencia contra la mujer en todo el mundo”. Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2006, pág. 27.

esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal”¹⁵².

De este modo, y pese a que la comunidad internacional ya era consciente del problema que suponía la violencia ejercida sobre las mujeres desde una perspectiva de Derechos Humanos, en 1979 se aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés) en la que se reconoce “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” y en la que los “Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas” y se comprometen a adoptar las medidas apropiadas para modificar “los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Pese a ello, la Convención no menciona expresamente la violencia sobre la mujer, especialmente en

152 Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* número 08-02 (2006), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2016, pág. 2.

el ámbito doméstico o familiar¹⁵³.

Tan solo un año después, y con ocasión de la Segunda Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Década de la mujer, celebrada en Copenhague del 14 al 30 de julio de 1980 se hace una expresa declaración sobre la “mujer maltratada y violencia en la familia” en la que se reconoce que “la violencia en el hogar y en la familia, así como en las instituciones, y en particular la violencia física, sexual y otras formas de abuso sobre las mujeres, niñas y adultas, constituye una ofensa in-

153 No obstante, y como indica ABRIL STOFFELS, “si bien algunos autores echaban de menos en la CEDAW una prohibición directa, clara, concisa e incondicional de la violencia contra las mujeres, poco tiempo después de entrar en funcionamiento el Comité se aprobó una recomendación específica al respecto. Esta recomendación General N° 9 destaca que la definición de discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer o que la afecta en forma desproporcionada ‘incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia’ y aclara, asimismo, que la violencia puede venir de un funcionario público, un particular, una organización o una empresa y que el Estado puede ser igualmente responsable de la violencia contra las mujeres si no adopta las medidas necesarias para impedir, investigar y castigar los actos de violencia, imponiendo asimismo una indemnización para la víctima. Esta recomendación es tan importante que el Comité no duda en referirse a ella tanto en la parte de argumentación jurídica de distintos dictámenes como en el propio fallo, alegándose una violación del mismo. Algo que, a nuestro juicio, no es del todo correcto técnicamente hablando, puesto que el objeto de estas recomendaciones es la interpretación de la CEDAW y no crear una norma jurídica”. Abril Stoffels, Ruth María: “La labor del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la concreción del contenido de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en AAVV, Abril Stoffels, Ruth María (dir.): *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, editorial Huygens, Barcelona, 2015, pág. 29.

tolerable a la dignidad de los seres humanos”, considerando la misma tanto un grave problema para la salud mental y física de los miembros de la familia como un problema social¹⁵⁴.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 1993, se aprueba la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Resolución A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994 de la AG de la ONU) que, aunque carece de carácter vinculante, es considerada como el primer instrumento de derechos humanos que reconoce formalmente y en el ámbito internacional el problema de la violencia de género y, en particular, de los malos tratos sufridos por las mujeres en el ámbito familiar o asimilado¹⁵⁵. En dicha declaración no se utiliza expresamente el concepto de violencia de género, sino el de “violencia contra la mujer”, entendiendo como tal “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”¹⁵⁶. Además, dicha declaración contempla en su artículo 2 un listado *numerus apertus* de

154 Página 67 del Informe de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas Década de la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, accesible en el enlace web:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Copenhagen/Copenhagen%20Full%20Optimized.pdf> (consultado en fecha 18 de diciembre de 2017).

155 En este sentido Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, cit., pág. 28; y Abril Stoffels, Ruth María: “La labor del Comité...”, cit., pág. 30.

156 Artículo 1 de la Resolución A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994 de la AG de la ONU.

actos que deberán entenderse como violencia contra la mujer, siendo así la violencia física, sexual y psicológica tanto en el ámbito familiar (malos tratos, abuso sexual de las niñas en el hogar, violencia relacionada con la dote, violación por el marido, mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y violencia relacionada con la explotación) como en el ámbito social (violación, abuso sexual, acoso e intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, trata de mujeres y prostitución forzada) e incluso la violencia institucional (violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra). Tal y como nos indica NOYA FERREIRO, es a partir de este momento cuando “se generaliza su uso por la normativa internacional, que identifica la violencia de género con la violencia contra las mujeres, utilizando indistintamente ambas expresiones”¹⁵⁷, de modo que aunque no se haga expresa mención a la violencia de género, empieza a ser utilizado con carácter general y de manera indistinta con el concepto de violencia sobre la mujer.

Poco tiempo después de esta Declaración, en septiembre de 1995, se celebró la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín, en la que se aprobó la Declaración de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer de Beijing, así como la correspondiente Plataforma de Acción. En dicha Resolución se hace una constante mención al concepto de género y al tratar la violencia contra la mujer como uno de los objetivos estratégicos (Capítulo IV.C) la define como “todo acto de

157 Noya Ferreriro, María Lourdes: “La protección de la mujer víctima de violencia de género en Galicia: Regulación procesal”, en *REPC*, volumen XXVIII, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, 2008, pág. 210.

violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada¹⁵⁸, enumerando una serie de circunstancias en un listado *numerus apertus* que deben ser consideradas violencia de género, tanto en el ámbito familiar o doméstico como en los ámbitos social e institucional. De este modo es en la Declaración de Beijing en la que se establece una relación directa entre la violencia ejercida sobre las mujeres y las razones de género, siendo la violencia contra la mujer “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”, dimanando esta violencia “esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad”¹⁵⁹.

Es consecuencia de esta declaración la generalización de los conceptos de ‘violencia sobre la mujer’ y ‘violencia de género’. Aunque para definir la violencia este texto se remite al primero de los conceptos, la define basándose en el género del sujeto pasivo que sufre los actos violentos, por lo que ambas ideas están presentes. La importancia de

158 Epígrafe 113 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing.

159 Epígrafe 118 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing.

la inclusión del concepto de género en esta Declaración es tal que, como se ha indicado *supra*¹⁶⁰, la Presidenta de la Conferencia realizó una declaración formal sobre el concepto de género.

En el ámbito europeo, y aunque las Instituciones de la UE han desarrollado la cuestión relativa a la discriminación hacia la mujer por razón de género fundamentalmente en la esfera del derecho laboral¹⁶¹, a fin de desarrollar la Declaración de Beijing, se dictó la Resolución del Parlamento Europeo A4-0250/97 de Violencia contra las Mujeres, en la que se “pide a la Comisión y a los estados miembros de las Naciones Unidas, que tomen medidas para que las resoluciones adoptadas en la Cuarta Cumbre Internacional de la O.N.U. Celebrada en Pekin (Beijing), en septiembre de 1995, se conviertan en un Convenio vinculante para todos los Estados”¹⁶² y realiza una serie de declaraciones. En el mismo sentido son de destacar el Informe de julio de 1997 del Parlamento europeo sobre la necesidad de realizar en toda la Unión Europea una campaña sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, así como el trabajo de la Comisión de los derechos de las mujeres en el Parlamento europeo o los informes estadísticos de la European Union Agency for fundamental rights (FRA)¹⁶³.

160 Epígrafe 2.1 del presente capítulo y Declaración de la Presidenta de la Conferencia de Beijing transcrita en nota a pie de página núm. 117.

161 Acale Sánchez, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 1ª edición, editorial Reus, Madrid, 2006, pág. 56.

162 Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica...*, *cit.*, pág. 28.

163 Agencia financiada y creada por la Unión Europea que tiene como objetivo proporcionar a los Estados miembros y a las instituciones de la UE ayuda y asesora-

Con posterioridad, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), aprobado el 11 de mayo de 2011 y en vigor para España desde el 1 de agosto de 2014, va a suponer una mayor clarificación de lo que debe entenderse por violencia de género. De este modo, y por primera vez en el ámbito europeo, va a existir una norma internacional con carácter vinculante en materia de violencia de género¹⁶⁴. El Convenio de Estambul supuso además “un intento, por otra parte loable, de acotar unos conceptos básicos acerca de la violencia contra las mujeres, elaborados fundamentalmente por la

to independiente, sobre la base de estudios, en materia de derechos fundamentales, y que ha efectuado, entre otros trabajos, encuestas a gran escala en todos los países de la Unión Europea sobre violencia contra las mujeres. Página web: Fra.europa.eu/es.

164 Como nos indica GALLEGO SÁNCHEZ, con el “Convenio de Estambul se adoptaba, por vez primera en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que –también literalmente– se considera ya, una grave violación de los derechos humanos. Ningún otro Tratado de ámbito europeo había identificado y expresado textualmente que la violencia contra la mujer, es un atentado a los derechos humanos. Junto a la Convención de Belén do Pará de 1994, que fue el primer Tratado regional interamericano, que sí había recogió en su Preámbulo esta expresión, y el Protocolo de la Carta Africana de derechos del Hombre y de los Pueblos, en idéntico sentido, el Convenio de Estambul, viene a conformar con éstos, un marco jurídico internacional de derechos humanos para afrontar de forma eficaz y estratégica cualquier clase de violencia contra la mujer, arraigada en la sociedad, que se ha perpetuado a través de una cultura de tolerancia y negación, cuya causa y consecuencia, se encuentra en la desigualdad entre hombre y mujer”. Gallego Sánchez, Gemma: “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer”, en *Revista de Jurisprudencia*, editada por El Derecho, número 2, Madrid, 15 de septiembre de 2015 (artículo accesible en el enlace web http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Convenio-Estambul-incidencia-espanol-violencia_11_874180002.html; enlace consultado en fecha 18 de diciembre de 2017).

teoría feminista”, aunque “los asume sólo parcialmente; y al no hacerlo con todas las consecuencias introduce algunos elementos de confusión”¹⁶⁵; conceptos que establece en su artículo 3 al reconocer una serie de definiciones que resulta necesario reproducir:

“Artículo 3 – Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a) por ‘violencia contra las mujeres’ se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) por ‘violencia doméstica’ se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

165 Ventura Franch, Asunción: “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, en *Revista de Derecho Político*, número 97 (septiembre-diciembre 2016), editada por la UNED, Madrid, 2016, pág. 192.

c) por ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) 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;

e) por ‘víctima’ se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f) el término ‘mujer’ incluye a las niñas menores de 18 años”.

De estas definiciones podemos destacar que el Convenio distingue claramente entre la violencia contra la mujer y la denominada violencia doméstica, de modo que no relaciona necesaria o directamente esta segunda con la violencia por motivos de género; siendo que en el primer caso el sujeto pasivo es mujer y sufre los actos de violencia basados en su rol de género, mientras que el sujeto pasivo de la violencia doméstica o familiar puede ser tanto el hombre como la mujer¹⁶⁶. En

166 Esta distinción ha hecho que parte de la doctrina haya entendido que el Convenio se ha alejado del concepto de violencia doméstica que se había asumido en anteriores tratados internacionales, dado que debería haberse definido la violencia doméstica o familiar como una parte de la violencia de género o violencia contra la mujer. Así, Ventura indica que “la definición de la violencia doméstica del apartado b) del art. 3 se aparta considerablemente del concepto de violencia de género antes expuesto y queda como una categoría diferenciada de ésta y no como uno de sus tipos, tal y cómo se señala claramente en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (ONU), en la Resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero (1997) y en

este sentido, LOUSADA AROCHENA indica que “la definición ofrecida de ‘violencia doméstica’ no se encuentra sexuada, es decir la violencia doméstica, según se define en el artículo 3 del Convenio de Estambul, es un concepto que se aplica de una manera bilateral sea la víctima un hombre o sea la víctima una mujer, e igualmente sea el agresor un hombre o sea la agresora una mujer”¹⁶⁷.

Además, y atendiendo al hecho de que defina la violencia contra las mujeres por razones de género, en el que el sujeto pasivo de la acción o la víctima tiene que ser mujer, implícitamente está aceptando la existencia de violencia por razones de género en la que el sujeto pasivo de la acción no sea necesariamente una mujer.

De este modo, y en virtud de dicho Convenio, España tiene la obligación de emprender una serie de actuaciones legislativas –también en el ámbito penal, en el que incluso se establece la necesidad de establecer una serie de agravantes (art. 46)–, con arreglo a esta concepción

la teoría feminista. [...] Dentro de estas clasificaciones, la violencia doméstica aparece como una violencia contra las mujeres que se produce en el ámbito de la familia, en las relaciones de pareja y en las relaciones de noviazgo, y puede afectar también a los menores. Cuando parece que ya hay un consenso incluso doctrinal y en algunos normativos, de que la violencia que se genera en el ámbito doméstico es un tipo de violencia que tiene su origen en el sistema sexo/género, se vuelve a dar importancia a este tipo de violencia, dándole categoría jurídica diferenciada del concepto de violencia de género o violencia contra las mujeres. En este sentido, parece pues que el Convenio de Estambul represente un retroceso con respecto a la caracterización de la violencia doméstica”. Ventura Franch, Asunción: “El Convenio de Estambul...”, *cit.*, pág. 205.

167 Lousada Arochena, José Fernando: “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, editada por la Universidad de Granada, Granada, 2014, pág. 44.

de violencia de género, pese a que la misma es diferente y como veremos mucho más amplia a la propia definición típica legal contenida en la LMPIVG.

3.1.2 La evolución del concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico penal español

En el ordenamiento jurídico penal español la introducción del concepto de violencia de género se hará esperar hasta la aprobación de la LMPIVG, siendo que además la utilización del término violencia de género supuso uno de los problemas en la propia tramitación parlamentaria de dicha norma.

Hasta los años noventa, tanto el legislador como las Administraciones Públicas optaron por suprimir cualquier mención respecto a los sujetos y respecto al lugar o las relaciones existentes entre ellos al denominar a la violencia que se ejercía en el ámbito familiar o asimilado. Así se decantó por mencionar este tipo de agresiones o violencia como “malos tratos”. Este concepto de malos tratos desvinculado de los conceptos de violencia en el ámbito familiar o asimilado o violencia doméstica¹⁶⁸ es tal que en 1984 se publican por el Ministerio

168 Dado que como tendremos ocasión de comprobar el legislador optó generalmente por la utilización del concepto “violencia doméstica” frente al concepto de “violencia en el ámbito familiar o asimilado”, me referiré a este tipo de violencia como doméstica en este capítulo. No obstante, y como ya tuve ocasión de exponer, “(p)ese a que es más habitual encontrarse con los términos violencia de género o violencia doméstica (o violencia en el ámbito doméstico o asimilado), entiendo más oportuno hacer referencia a violencia en el ámbito familiar o asimilado, dado que el primero de los con-

del Interior los primeros datos estadísticos en relación con las denuncias interpuestas en las comisarías de la Policía Nacional por violencia en el ámbito familiar bajo el enunciado de denuncias por malos tratos¹⁶⁹.

ceptos mencionados hace referencia a una modalidad de agresión más restrictiva y que podría entenderse que se llega a producir incluso fuera del ámbito de los sujetos contemplados en el art. 173.2 CP (violencia sobre la mujer por el mero hecho de serlo), y el segundo de los términos no me parece adecuado, dado que la violencia puede darse fuera del ámbito del domicilio (por ejemplo dos novios que no conviven juntos y que por lo tanto no tienen domicilio común, o dos cónyuges separados, legalmente o de hecho, que igualmente carecen de domicilio común). GÓMEZ NAVAJAS (en 'La violencia en el ámbito familiar: ¿Una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal', en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 11, 2004-1, editorial Aranzadi, Navarra, pág. 53) indica, aunque no admita como adecuada la terminología utilizada en este trabajo, que los tipos delictivos relacionados con este tipo de violencia ponen el acento en las relaciones que vinculan al agresor con su víctima más que en el hecho de que las conductas violentas tengan lugar en el hogar familiar. De este modo sin embargo las relaciones contempladas en el art. 173.2 CP pueden entenderse como un ámbito familiar (hijos, padres, hermanos, convivientes...) o asimilado en el caso de las parejas no casadas o la convivencia en un establecimiento público o privado en el que el sujeto pasivo se encuentra sometido a custodia o guardia. Este mismo término es utilizado, por ejemplo, por CAMPOS CRISTÓBAL (en 'La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar', en *Revista de estudios penales y criminológicos*, Separata, tomo XXIV 2002-2003, Madrid, 2004, pág. 127) y BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN (en 'El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras la reforma de 2003 del Código penal español', en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, 2004)". Orejón Sánchez de las Heras, Néstor: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, editorial Aranzadi, Navarra, 2007, nota al pie 5 en pág. 21.

169 Montalbán Huertas, Inmaculada: "Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico", en *Circunstancia*, núm. 12, editada por la Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2007. Enlace web al artículo de la revista consultado el 21 de diciembre de 2017:

De este modo, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio (que como hemos tenido ocasión de comprobar *supra*¹⁷⁰ fue la primera que introdujo los delitos de violencia en el ámbito familiar familiar), el Código Penal en 1995 e incluso la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, hablan de malos tratos. A modo de ejemplo, esta última, tiene por título “de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” y en su propia Exposición de Motivos se refiere a la necesidad de “lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”¹⁷¹, omitiendo cualquier referencia al concepto de violencia doméstica o en el ámbito familiar¹⁷².

<http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-v---numero-12---enero-2007/estados-de-la-cuestion/malos-tratos--violencia-domestica-y-violencia-de-genero-desde-el-punto-de-vista-juridico>.

170 Capítulo I, epígrafe 3.1.

171 Primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

172 La propia ley evita pronunciarse en ese sentido hasta el punto que en el segundo párrafo de su Exposición de Motivos indica que: “La articulación de tales medidas legislativas se concreta, en cuanto se refiere el Código Penal, en la modificación de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620, modificación que supone, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima” (el subrayado es un añadido).

Pese a que el legislador aún no había adoptado este concepto, esta última ley, como la misma indica, no es sino consecuencia del I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1998, que integraba en su propio nombre este término de violencia doméstica; y ello es debido a que a finales de los años noventa ya empieza a hablarse claramente de violencia doméstica. Así, además del referido plan de acción, podemos comprobar dicha nomenclatura en el monográfico del Defensor del Pueblo de 1998 con el título de “Informes, Estudios y Documentos. La violencia doméstica contra las mujeres”¹⁷³, la Circular número 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar¹⁷⁴, etc.

Es en el año 2003 cuando el legislador penal adopta de forma expresa el concepto de violencia doméstica al aprobar la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y la Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. No obstante, la jurisprudencia ya había utilizado ese término antes incluso de la aprobación de estas dos leyes¹⁷⁵.

173 Puede consultarse en la página web del Defensor del Pueblo en el siguiente enlace (último acceso el 21 de diciembre de 2017): <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-violencia-domestica-contras-las-mujeres-1998/>

174 Accesible en la propia página web de la FGE en el siguiente enlace web (consultado el 21 de diciembre de 2017): https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir01-1998.pdf?idFile=061f0a22-29b4-4f9d-948f-9b30d7375f2c

175 A modo de ejemplo, la Sentencia número 927/2000, de 24 de junio, dictada por la Sala Segunda del TS [ED] 2000/15864] indica expresamente que: “el artículo 153 del Código Penal penaliza la violencia doméstica, la importancia que esta tiene en la so-

Tan solo un año después se aprobaría la LMPiVG, que introduciría el concepto de violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, el Preámbulo de dicha Ley define la violencia de género como “la violencia que se dirige sobre las mujeres, por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, y el artículo 1 de la misma indica que por violencia de género se entenderá, “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”. Término que el propio Código Penal incorporaba hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 en los artículos 83.1 *in fine* y 88.1 tercer párrafo¹⁷⁶.

ciudad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxima si se tiene en cuenta que solo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación –SSTS núm. 645/99 de 29 de abril y 834/00 de 19 de mayo”.

176 La inclusión de este término entiendo que carecía de lógica legislativa, pues dicho concepto aparecía en estos artículos por remisión, es decir, al aplicar las normas para la suspensión y sustitución de las penas, establecía una serie de especificidades para el caso de que los delitos objeto de condena fueren de los denominados delitos de violencia de género, sin embargo dichos delitos no venían definidos en el propio Código Penal, sino que había que remitirse al contenido de la LO 1/2004 para poder interpretar lo dispuesto en los artículos 83.1 y 88.1 del Código Penal. De este modo es acertada la modificación operada por la LO 1/2015 al sustituir el concepto de violencia de género por “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia”. Antes incluso de esta última reforma, el propio Código hacía una remisión en otros tipos penales no al concepto de violencia de género sino al art. 173.2,

Así, el legislador da un salto cualitativo en la comprensión del fenómeno de la violencia sobre la mujer. Esto es, hasta entonces, el “empeño en tratar el problema de las agresiones a mujeres dentro del modelo de la violencia doméstica pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o, tal vez, la falta de interés por llegar a las causas últimas que lo generan. Por eso, cuando se reivindica un tratamiento jurídico independiente para esta clase específica de violencia no se trata –sólo– de desvelar la radical injusticia que ella entraña. Se trata, sobre todo, de orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo. El camino indiferenciado que hasta ahora venía siguiendo el legislador español –amparado por jurisprudencia y doctrina mayoritaria–, apuntando a la familia como causa y a la vez víctima del fenómeno, pone al descubierto la pertinaz resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima – al hecho de ser mujer– y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer. Afortunadamente, la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral), ha dado un paso sustancial de cara a reconducir este proceso”¹⁷⁷.

y así el art. 468 se refiere a “procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2”.

177 Lorenzo Capello, Patricia: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, en *RECPC* número 07-08 (2005), pág. 5. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. (enlace web consultado el 23 de diciembre de 2017).

No obstante, y como la doctrina ha criticado, se hace referencia a violencia de género en una ley denominada integral y sin embargo “la violencia de género que la Ley lleva al CP y a las normas procesales no es toda la violencia de género, sino sólo la que ejercen, por razón de género, los maridos o compañeros contra sus esposas o compañeras, quedando fuera del ámbito de los nuevos tipos la violencia que, aun siendo de género, tenga como víctima a una mujer que no sea, o haya sido, esposa o compañera sentimental, del agresor”¹⁷⁸.

En este sentido, y en relación con la violencia contra la mujer y la definición de la misma por parte de la LMPIVG, las últimas Observaciones finales del CEDAW sobre los informes periódicos de España¹⁷⁹, emitidas en el año 2015, mostraban preocupación por el hecho de que la “Ley Orgánica núm. 1/2004 no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja”, motivo por el que instaba a España a “revisar su legislación sobre la violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercitada por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas”. Esta necesidad de ampliar el concepto de violencia de género en

178 Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en AAVV: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 18.

179 Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España examinados en las sesiones 1308 y 1310 del Comité aprobadas en fecha 29 de julio de 2015.

http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/Observaciones_finales_Comite_CEDAW.pdf (enlace web consultado en fecha veintidós de diciembre de dos mil diecisiete).

nuestro ordenamiento jurídico penal ha sido precisamente objeto de muchas de las comparecencias efectuadas ante la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género de la Comisión de Igualdad del Congreso, motivo por el que una de las propuestas que se contiene en el referido Pacto de Estado es precisamente “ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”¹⁸⁰.

De este modo se ha generalizado la utilización del término ‘violencia de género’ en la dogmática jurídico-penal, excluyendo, sin embargo, la utilización del concepto ‘violencia machista’¹⁸¹; término este último socialmente más generalizado¹⁸², sobretodo atendiendo a la limitación

180 Propuesta 84 del Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género aprobado por la Comisión de Igualdad del Congreso pendiente de su posterior tramitación parlamentaria; publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie D: General, 8 de agosto de 2017, número 200.

181 Socialmente se hace referencia en ocasiones a ‘violencias machistas’, en plural, con el fin de hacer referencia a la diversidad existente en este tipo de violencia.

182 De este modo, y haciendo un análisis de la utilización de los términos relacionados con la violencia de género en los medios de comunicación, MORENO BENÍTEZ indica que existe una “tendencia general a sustituir las denominaciones hasta ahora oficiales por otras con mayor fuerza argumentativa como *violencia machista* y, por otro lado, las implicaciones ideológicas que están en la base de privilegiar unas u otras expresiones en los titulares periodísticos en función de las tendencias políticas de unas u otras cabeceras.

Desde un punto de vista microestructural, el adjetivo *machista* tiene mayor fuerza argumentativa que *doméstica* porque alude tanto a la causa como al agente de la violencia: ‘violencia causada por el machismo’ y ‘violencia del macho/del machista’, ‘del varón’. Además, se trata de un adjetivo que también posee lectura calificativa con connotaciones peyorativas”.

legal del concepto de violencia de género únicamente a los hechos producidos en el marco de la pareja o expareja. El concepto de violencia machista pretende precisamente aclarar o hacer hincapié en la naturaleza machista de este tipo de violencia, esto es, que no se produce contra la mujer por cualquier motivo, sino “fruto de ese aprendizaje de signo machista [...] que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal”¹⁸³. Es decir, socialmente la utilización del concepto violencia machista (así como violencia sexista) frente al concepto de violencia de género evita la utilización de un concepto neutro (género podría hacer referencia a ambos y no a uno en exclusiva) y su uso frente al de violencia sobre la mujer supone un beneficio por cuanto que aclara el motivo por el que dicha violencia se dirige en exclusiva hacia las mujeres¹⁸⁴.

Moreno Benítez, Damián: “De ‘violencia doméstica’ a ‘terrorismo machista’: el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa”, en *Discurso y Sociedad*, Volumen 4, editada por Centre of Discourse Studies, 2010, pág. 906. Enlace al artículo (enlace web consultado el 22 de enero de 2018): <http://www.dissoc.org/ediciones/v04n04/DS4%284%29Moreno.pdf>.

183 Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia de género...”, *cit.*, pág. 2.

184 En este sentido, OSBORNE VERDUGO indica, cuando habla del concepto de violencia contra las mujeres, que se trata de “un término que entrañaría menos equívocos pero que no parece demasiado empleado más allá de como una forma ‘más’ del uso común del lenguaje. Entre sus ventajas destaca la de que sirve para acotar el campo de lo definido, dejando fuera la violencia contra el resto de personas –los varones o contra lo/as niño/as–. Como importante desventaja vemos que el término no aclara la naturaleza (sexista, machista, patriarcal) de esa violencia, el porqué va dirigida principalmente contra las mujeres. De hecho, contra las mujeres se puede dar violencia que no sea especialmente por razón de género, como por ejemplo robos con violencia. Una forma de paliar este problema sería el empleo del término *Violencia masculina contra las mujeres* –propuesta por los grupos de varones profeministas– que junto a otras

Si bien el concepto de violencia de género no ha sufrido ninguna modificación en nuestro ordenamiento jurídico penal, como tendremos ocasión de comprobar con posterioridad, no es el único utilizado en todo el ordenamiento jurídico entrando en contradicción con otros supuestos en los que no se produce esta limitación en relación con los vínculos afectivos existentes entre los sujetos, y entiendo que no es al que el legislador ha hecho referencia con el concepto “razones de género”.

3.2

LA FALTA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL MISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

Aunque la LO 1/2004 supuso, entre otros hitos, la consideración del término violencia de género como un concepto jurídico penal definido y delimitado, el legislador ha venido definiendo el mismo de forma

denominaciones como Violencia machista, Violencia sexista o Violencia patriarcal expresan que nos estamos refiriendo a los casos en que el *varón es el responsable de la violencia*. El resto de los términos o parece neutro o se centra en las víctimas, sin quedar siempre claro que sean mujeres, y no en los agresores, que permanecen invisibilizados”. Osborne Verdugo, Raquel: *Apuntes sobre violencia de género,...*, cit., pág. 30.

La misma autora, y en relación al concepto de violencia de género, indica que con este concepto existe “el temor de que no se tenga en cuenta la connotación de persistente desigualdad que entraña el concepto de género, que debe remitir a que las relaciones entre los sexos son relaciones de poder”. Osborne Verdugo, Raquel: *Apuntes sobre violencia de género,...*, cit., pág. 31.

diferente. Así, actualmente en el ordenamiento jurídico disponemos de un concepto distinto en multitud de normas tanto nacionales como autonómicas.

De este modo, y frente a un concepto de violencia de género que comprende solo la violencia ejercida por el hombre sobre una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación sentimental, las leyes aprobadas por los órganos legislativos autonómicos generalmente no se limitan a dicha violencia al definir este concepto¹⁸⁵. A modo de ejemplo la ley autonómica andaluza entiende por violencia de género “aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo”, incluyendo no solo el ámbito de la pareja, sino los actos “ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral”¹⁸⁶ y tanto la violencia física como la psicológica, la económica y la sexual. De modo similar, en la ley autonómica valenciana se define como “todo comportamiento de acción u omisión por el que un hombre inflige en la mujer daños físicos, sexuales y/o psicológicos, basado en la pertenencia de ésta al sexo femenino, como resultado de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida

185 Una excepción a esta generalidad la podemos comprobar en la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, del Principado de Asturias. En esta, el art. 2.2 efectúa una remisión a la LMPICVG.

186 Artículo 3 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, de Andalucía.

pública como en la privada”¹⁸⁷, incluyendo tanto la violencia física, psicológica y sexual como la violencia económica, la mutilación genital femenina u otras prácticas tradicionales y/o culturales nocivas o perjudiciales para las mujeres y niñas y la trata de mujeres y niñas”. Y la ley madrileña incorpora a dicho concepto la violencia que se ejerce sobre terceras personas, en concreto la “ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquélla”¹⁸⁸. Esta consideración de los menores en un entorno familiar como víctimas de violencia de género ha sido también reconocida en el ámbito nacional, ampliando así este concepto, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸⁹.

187 Artículo 2 de la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana, de la Generalitat Valenciana.

188 Artículo 2 de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género, de la Comunidad de Madrid.

189 Así, en el apartado VI del Preámbulo de la ley se indica que: “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género”; y en consecuencia, su disposición adicional tercera, Uno, modifica el apartado 2 del art. 1 de la LO 1/2004, que queda redactado como sigue: “Por esta ley se establecen medidas de protección inte-

El concepto de violencia de género debe entenderse a efectos jurídico-penales con arreglo a la definición contenida en la LMPIVG, dado que esta regula expresamente la tutela penal en dicho ámbito. Es decir, violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja. Es cierto que esta interpretación no se ajusta al contenido del Convenio de Estambul –vinculante para nuestro ordenamiento jurídico– ni a la evolución del concepto de violencia de género, pero mientras no se modifique dicha definición, que está interesada en el precitado Pacto de Estado contra la violencia de género, el principio de legalidad impone dicha interpretación. Así, el ordenamiento jurídico penal español “se ocupa de la violencia de género, pero lo hace en un determinado contexto que es el de las relaciones matrimoniales o de pareja con o sin convivencia. De este modo, la mujer resulta destinataria de una protección reforzada y específica pero sólo en su condición de esposa o pareja”¹⁹⁰. En definitiva, la violencia de género, a efectos penales, debe entenderse como una de las manifestaciones de la violencia sobre la mujer, siendo esta la que se ejerce en el ámbito familiar por un hombre que es o ha sido el cónyuge o pareja sentimental de la mujer sujeto pasivo de la acción típica.

En este sentido, y tratando de salvar la contradicción existente entre la LMPIVG y el Convenio de Estambul, la Estrategia Nacional para la

gral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

190 Núñez Fernández, José y Requejo Naveros, M^a Teresa: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en AAVV, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 77.

Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016)¹⁹¹ precisamente hace referencia diferenciada a los conceptos de violencia contra/sobre la mujer y violencia de género, entendiendo que este último no es sino una manifestación concreta del primero, al limitarse a la violencia ejercida contra la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

No obstante, si bien el Código Penal utilizaba en su texto hasta el año 2015 el concepto violencia de género, el mismo fue sustituido por la expresión “por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aun sin convivencia” mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 26 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Sustitución que fue objeto de crítica parlamentaria¹⁹² y que el legislador llevó a cabo precisamente por la carencia de una definición en el propio texto penal y por la contradicción existente entre

191 <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/docs/EstrategiaNacionalCastellano.pdf> (enlace web consultado en fecha 2 de noviembre de 2017).

192 En este sentido, durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015 fue objeto de crítica la supresión del término violencia de género del Código Penal, y así, a modo de ejemplo, la enmienda a la totalidad de devolución presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) indicaba al respecto que era “una reforma regresiva porque abdica de conquistas como las alcanzadas en la lucha contra la violencia de género, empezando por eliminar, con gran carga simbólica, la consolidada rúbrica de ‘delitos relacionados con la violencia de género’, abdicando así de un avance que constituyó un hito en la lucha contra esa forma de violencia, que no admite retrocesos” (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, número 66-2).

el Convenio de Estambul y la LMPIVG¹⁹³.

Debería el legislador, por tanto, proceder conforme a la modificación del artículo 1 de la LMPIVG en el sentido de entender que es violencia de género “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”, conforme al artículo 3.a del Convenio de Estambul. Diferenciando así claramente la violencia de género de la violencia doméstica o en el ámbito familiar y asimilado, que afectaría a los sujetos indicados en el art. 173.2 del Código Penal (de ámbito personal más amplio que el propio Convenio de Estambul).

193 Así, el Ministro de Justicia defendió dicha modificación en sede parlamentaria indicando que “en cuanto a la eliminación de la referencia explícita a la violencia de género, señorías, creo que tiene una explicación ciertamente muy sencilla: la violencia de género se sustituye por una referencia a: cualesquiera delitos cometidos —y cito literalmente el proyecto— por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aun sin convivencia. Pues bien, señorías, esta expresión coincide literalmente con la contenida en el artículo 1 de la Ley de Violencia de Género. El cambio tiene como único objetivo garantizar la aplicación de la norma y ello por dos razones: primero, porque el Código Penal no contiene una definición de qué cosa sea la violencia de género y tenemos una ley vigente que sí la incluye, y, segundo, porque el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica incluye un concepto de violencia de género diferenciado de la violencia intrafamiliar que no coincide con el objeto del artículo 1 de nuestra Ley de Violencia de Género, y esa es la razón por la que optamos por delimitar con claridad y de forma ajustada a la Ley de Violencia de Género el objeto de la norma, señorías, para evitar dudas que se podrían plantear si la ley utilizara un concepto que la Ley de Violencia de Género y el convenio —que también tiene valor legal— definen de forma diferente.” Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2013, 12 de diciembre de 2016, número 165.

4

Recapitulación y toma de posición: el concepto ‘razones de género’

Como hemos comprobado *supra*¹⁹⁴, la introducción del concepto ‘razones de género’ en el Código Penal se lleva a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2015. Inclusión que se produce no solo en el artículo 22.4^a que contiene la agravación de la responsabilidad criminal objeto del presente trabajo, sino también en los artículos 510, 511, 512¹⁹⁵. Para BORJA JIMÉNEZ, la explicación de la “inclusión de la referencia es meramente simbólica, en el sentido de que se quiere representar una vez más la decisión política de otorgar una protección diferenciada de los derechos de la mujer frente a esta violencia machista”¹⁹⁶. Sin embargo,

194 *Vid.*; Epígrafe 4 del capítulo I.

195 El artículo 607 reconoce delito de lesa humanidad la comisión “Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional”. No obstante, y a diferencia de la agravante objeto de estudio, se exige, de manera literal, la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por dicho motivo y fue objeto de introducción en el Código Penal previamente, con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

196 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4^a” en AAVV, González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2^a edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 122.

realizando una interpretación histórica y gramatical de este motivo de discriminación como objeto de agravación, entiendo que no se realiza esa reforma legislativa de manera simplemente simbólica sino que el legislador ha querido diferenciar expresamente los supuestos de hecho sexo/género en los motivos de discriminación dando sustantividad propia a los casos relacionados con las razones de género¹⁹⁷.

Como nos indica el propio autor, “el principio de vigencia en materia de interpretación de las normas jurídicas obliga a que se formule una exégesis de la nueva regulación que le otorgue cierta lógica y sentido a su aplicación”¹⁹⁸, y en esa línea deberemos diferenciar la motivación

De forma similar, AGUILAR CÁRCELES se plantea si esta nueva incorporación en el art. 22.4ª “responde más a un tipo de Derecho Penal simbólico, que verdaderamente a una necesidad real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma”. Aguilar Cárcelos, Marta María: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección” en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 58.

197 En este sentido, GÓMEZ MARTÍN indica textualmente que: “No es de extrañar, por ello, que en el art. 22.4 CP se halla (*sic*) introducido la referencia al género. Tal y como recuerda la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en un precepto en el que ya se encontraba prevista la referencia al sexo, la orientación sexual y la identidad sexual, la presencia ahora del género tiene, pese a lo que pudiera parecer *prima facie*, tiene (*sic*) sustantividad propia”. Gómez Martín, Víctor: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista” en *RECPC*, número 18-20 (2016), pág. 18. Enlace al artículo de la revista en el link: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. (enlace web consultado el 23 de diciembre de 2017).

198 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª...”, *cit.*, pág. 121.

basada en razones de género del resto de posibilidades de discriminación contempladas en la circunstancia 4ª del art. 22 del Código Penal.

Cuando el legislador ha hecho expresa referencia a las razones de género, debemos entender que dicho concepto se remite a la definición contenida en el Convenio de Estambul, y no al concepto de violencia de género expresado en la LMPiVG. Es decir, que por razones de género, y conforme a lo dispuesto en el art. 3.c del Convenio, entenderemos que el autor ha actuado por motivos discriminatorios contra el sujeto pasivo por razón de los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, con independencia de las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes. De este modo, no es necesario que exista una relación presente o pasada de tipo conyugal o afectiva entre los sujetos activo y pasivo. A dicha conclusión se llega teniendo en cuenta, en primer lugar, que el propio legislador al introducir la agravante, elimina de todo el Código las referencias a la violencia de género sustituyéndolas por la fórmula consistente en “por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aun sin convivencia”. Y ello, con el fin de evitar la imprecisión del concepto “violencia de género” al carecer de definición o descripción en el Código Penal.

Pero es que, a mayor abundamiento, el propio legislador justifica la introducción de la agravación de la pena por razones de género en el Convenio de Estambul y, expresamente indica en su Preámbulo que “se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n° 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”¹⁹⁹.

Por otro lado, se plantea la duda de si al referirse el legislador a razones de género, y atendiendo a una voluntad contenida en las últimas modificaciones efectuadas en nuestro ordenamiento jurídico de luchar contra la violencia sobre la mujer por motivos de género, esto supone necesariamente que el sujeto pasivo de la acción delictiva sea mujer. Circunstancia que además se estudiará en profundidad cuando hablemos del fundamento de la agravación. En este sentido, BORJA JIMÉNEZ propone diferenciar los motivos de sexo y género precisamente en este extremo y, así, indica que la agravación por razones de género “cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores”²⁰⁰.

Sin embargo, varios son los motivos para rechazar esta interpretación y concluir que el delito agravado por su comisión basado en razones

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

200 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”..., *cit.*, pág. 122.

de género es de aplicación con independencia de si el sujeto pasivo del delito es hombre o mujer.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que esa pretensión de introducir en el Código Penal específicamente una agravante consistente en ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres ha sido rechazada en diversas ocasiones por nuestro legislador ante diversas enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en relación con las modificaciones efectuadas en esta materia. Incluso en la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2015, como comprobamos *supra*²⁰¹, el Grupo Parlamentario UPyD propuso introducir una nueva circunstancia agravatoria independiente de la agravación genérica de discriminación (numerada como novena), redactada en esos términos, sin ser aceptada en los correspondientes trámites parlamentarios.

Pero además, y en segundo lugar, como hemos indicado con anterioridad, el Convenio de Estambul reconoce la posibilidad de que se ejerza violencia por razón de género frente a un hombre. Es decir, el Convenio define en su art. 3 la violencia contra las mujeres, la violencia contra las mujeres por razones de género y género; esto supone implícitamente la aceptación de la existencia de la posibilidad de que haya violencia contra un hombre por razones de género, si bien esta deberá consistir en violencia ejercida cuando el sujeto pasivo, hombre, no ajuste su modo de actuación a los papeles, comportamientos,

201 *Vid.*; epígrafe 4 del Capítulo I de este trabajo.

actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

En este sentido, DÍAZ LÓPEZ nos indica que “por ejemplo, si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por este motivo (‘porque los hombres no bailan ballet’), se aplicará la agravante, con independencia del efecto intimidatorio que en un colectivo supuestamente caracterizado por un género pueda tener ese hecho”²⁰².

Esto, además, supone una diferenciación cualitativa con respecto a la antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida. Si bien, en ambas el legislador hacía referencia al género y no al sexo del sujeto pasivo –aunque la antigua agravante citara el término sexo por los motivos que ya se han expuesto en el capítulo precedente– el fundamento es distinto en ambas. Mientras que en la antigua agravante lo que el legislador pretendía era, precisamente, mantener el tradicional rol patriarcal en el que se asignan una serie de funciones a los sujetos según su sexo (funciones asistenciales y de cuidado asignadas a la mujer), precisamente la actual agravación incrementa la pena a imponer a quien con sus actos pretende discriminar al sujeto pasivo por no ajustarse a dicho rol de

202 Conferencia de Díaz López, Juan Alberto, *La reforma de la agravante genérica de discriminación*, realizada el pasado 22 de junio de 2015 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Resumen de la conferencia efectuado por el propio autor en el link <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/> (enlace consultado el 26 de diciembre de 2017).

género. Por este motivo, la antigua agravación tenía en cuenta el honor y la honestidad de la función de la mujer en sociedad y en familia y protegía a aquella que ajustaba su forma de actuar a dicho rol, llevando a cabo una vida pública moralmente intachable.

En este sentido, y a modo de ejemplo, la antigua agravante relacionada con el género, no protegía a quien tenía un comportamiento social o sexual no ajustado a los cánones patriarcales dominantes, de modo que no se aplicaba la agravación a las mujeres infieles²⁰³ o a aquellas que ejercían la prostitución²⁰⁴. Sin embargo, la actual agravante podría ser de aplicación a aquellos supuestos en los que se acreditase que se ha cometido el hecho delictivo contra una mujer infiel o una mujer prostituida o que ejerce la prostitución porque el autor no acepta que esta lleve a cabo una vida sexual no ajustada al tradicional rol de género.

Un claro ejemplo de situaciones en las que podría llegar a aplicarse la agravante por razones de género siendo el sujeto pasivo un hombre, y no una mujer, sería su concurrencia en supuestos de acoso laboral o *mobbing*²⁰⁵ cuando este traiga causa en la voluntad del sujeto activo de atentar contra la dignidad del trabajador o funcionario porque este ha

203 Stc. del TS, Sala 2ª, de 9 de mayo de 1957. ECLI ES:TS:1957:701.

204 Stc. del TS, Sala 2ª, de 23 de octubre de 1969. ECLI ES:TS:1969:1656.

205 Este delito, desde la modificación operada en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, está regulado en el segundo párrafo del art. 173.1 CP, que establece que: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro

de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

En relación a los requisitos para su aplicación, y siendo que el análisis en profundidad del mismo supondría excesivo para el presente trabajo de investigación, resulta de interés para una primera aproximación Bustos Rubio, Miguel: “El delito del acoso laboral: exigencias europeas y un análisis del tipo penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, editada por la UNED, número 1, Extraordinario, Madrid, 2013, págs. 13 a 52. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-x-1-7000/Delito_acoso_laboral.pdf (enlace web consultado el 19 de enero de 2018).

Asimismo, y resumiendo los requisitos y elementos del delito, resulta de interés la Sentencia número 14/2016, de 4 de abril, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid [EDJ 2016/74704], que establece que:

“El delito de acoso laboral, también denominado ‘mobbing’, aparece tipificado en el Código Penal tras reforma llevada a cabo en el mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y ha de ser entendido como hostigamiento psicológico en el marco de cualquier relación laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Supone, por tanto, un trato hostil o vejatorio al que es sometida una persona en el ámbito laboral de forma sistemática. Se trata de una grave situación de violencia psicológica, recurrente y sostenida en el tiempo que provoca en quien lo sufre problemas psicológicos y profesionales.

El Tribunal Supremo en sentencias de 2 de abril de 2013 y 8 de mayo de 2014, trata de precisar la gravedad de una conducta degradante, pues es indudable que el criterio de la gravedad, muestra un grado importante de relatividad e indeterminación que debilita la taxatividad que exige el principio de legalidad penal, por lo que ha de estarse al conjunto de las circunstancias en cada caso, entre las que se incluyen: la duración de los malos tratos, sus efectos sobre la integridad física y mental de quien los sufre, así como los relativos al sexo, edad, preparación, nivel cultural o el estado de salud de la víctima, en definitiva, al conjunto de circunstancias de todo tipo en que se producen.

Requiere este tipo penal que la conducta constituya un trato degradante, pues se constituye como una modalidad específica de atentado contra la integridad moral, siendo característica de su realización el carácter sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad de superioridad de la que abusa. Se trata, pues de generar en la víctima un estado de desasosiego mediante el hostigamiento psicológico que humi-

tomado decisiones que suponen un desajuste de su modo de actuación a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres –por ejemplo, cuando un hombre solicita permisos de paternidad para cuidar de un hijo recién nacido o adoptado.

Tanto es así, que es habitual en los protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo encontrar expresamente esta previsión sobre los permisos de paternidad, de modo que se califica como conducta constitutiva de acoso por razón de sexo y que atentan a la dignidad del trabajador o trabajadora (lógicamente sin efectos penales), acosados “por motivo de su género (porque no ejerce el rol que culturalmente se ha atribuido a su sexo) o en el ejercicio de algún derecho laboral previsto para la conciliación de la vida personal y laboral”²⁰⁶.

lla a la misma constituyendo una ofensa a la dignidad. Por consiguiente, el elemento que procura sustantividad y autonomía al acoso laboral frente al comportamiento tipificado en el artículo 173 del Código Penal, antes mencionado, radica en la existencia de reiteración de los actos de acoso cuya realidad por separado no constituya un trato degradante, ni que incluso sean en sí mismos hostiles o humillantes si no se enmarcan en un contexto de realización sistemática y prolongada en el tiempo”.

206 Protocolo para la prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa aprobado por el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña – Comisión de Igualdad y del Tiempo de Trabajo, del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Catalunya, pág. 19.

Y en el mismo sentido se puede hacer referencia a los siguientes protocolos:

– Protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el Trabajo del Instituto Vasco de la Mujer –Emakunde–, pág. 10. http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_guias2/es_emakunde/adjuntos/protocolo_acoso_sexual_y_por_razon_sexo_es.pdf (enlace web consultado el 19 de enero de 2018).

Así, cuando un superior jerárquico llevara a cabo un trato vejatorio grave, de forma habitual, prolongado en el tiempo y de forma sistemática a un subordinado, llegando a causar al mismo graves problemas psicológicos, y se acreditara que dicha actuación es una venganza del sujeto activo por el mero hecho de que el trabajador solicita los permisos laborales que le corresponden a fin de hacerse cargo de las labores

– Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en la Universidad de Zaragoza, aprobado en fecha 13 de junio de 2014, pág. 5. <https://observatorioigualdad.unizar.es/sites/observatorioigualdad.unizar.es/files/users/obsigu/Protocolo%20de%20prevencion%20y%20actuacion%20frente%20al%20acoso%20sexual%20UZ.pdf> (enlace web consultado el 19 de enero de 2018).

– Igualmente, y en este sentido, el último borrador del Protocolo de la Universitat de València para la Prevención, Detección y Actuación ante el Acoso, al definir el acoso por razón de sexo/género, indica que:

Se entenderá por tal la realización de actos gestuales, verbales, o de cualquier otra naturaleza concatenados y permanentes en el tiempo que, sin constituir infracción penal, supongan la degradación o humillación de una persona en razón de estereotipos de género y supongan una afectación de la integridad moral, física o psíquica de la persona que perturbe su dignidad y su libertad, especialmente en los casos en que el hecho ofensivo tenga que ver con la maternidad, paternidad o asunción de cuidados familiares.

Se pueden considerar conductas constitutivas de acoso por razón de sexo/género, a título de ejemplo:

- Las descalificaciones sobre la realización de las tareas por razón de género.
- La discriminación en la designación de tareas, o en los puestos de relevancia por razón de género.
- La discriminación en las calificaciones por razón de género.
- La falta de respeto a los/las superiores o iguales por razón de género.
- Los comentarios por la forma de vestir o desenvolverse no acordes con los estereotipos de género.
- Cualesquiera otra análoga a las señaladas que no sea constitutiva de delito.

de cuidado de sus hijos, en lugar de que fuera la progenitora quien lo hiciera, podríamos encontrarnos ante la comisión de un delito de acoso laboral regulado en el artículo 173.1 del Código Penal concurriendo la circunstancia agravante de discriminación por razones de género reconocida en el art. 22.4ª del mismo texto legal.

SEGUNDA PARTE

**La
discriminación
como motivo
de agravación**

CAPÍTULO I

Derecho penal del enemigo y violencia de género

Derecho penal del enemigo y violencia de género

01

Introducción

Muchos han sido los motivos de crítica en relación con la técnica legislativa utilizada en la lucha contra la violencia en el ámbito familiar y, fundamentalmente, contra la violencia de género. Si bien no hay duda de que la violencia sobre la mujer merece el correspondiente reproche penal, desde la doctrina se ha indicado en ocasiones que el legislador ha infringido fundamentos básicos del Derecho Penal, omitiendo así principios rectores del ordenamiento jurídico con el fin de luchar contra este tipo de delitos.

Valoración doctrinal generalmente apoyada por el entendimiento de que el legislador no se ajustaba a los principios y límites aplicables que

todo ordenamiento jurídico penal debe respetar en un Estado democrático. Así, CORCOY BIDASOLO indica que “no podemos olvidar en este contexto las reformas operadas en el ámbito de la llamada violencia doméstica, reformas que han seguido en el 2004 con la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que, cuando nos referimos al ámbito estrictamente penal, son el ejemplo más flagrante de un Derecho penal ‘mediático’ que, en este caso, además infringe principios y límites constitucionales y penales”²⁰⁷.

Una de las críticas hacia las normas dictadas en esta materia ha sido la identificación de la política criminal con el denominado, y en gran parte denostado, Derecho penal del enemigo. En este sentido, POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS indican que “la LO 1/2004 se rige, en el tratamiento penal del maltratador, por un *tipo criminológico de autor*, de manera que el maltratador en el ámbito familiar es –a todas luces– una categoría encuadrable en lo que Jakobs ha descrito como ‘enemigo’: un sujeto que es tratado como fuente de peligros, no sólo *reales* sino también *potenciales*, de manera que para su represión se arbitra todo un sistema legal de aseguramiento frente a dicha peligrosidad, a fin de asegurar los diversos bienes jurídicos de *flanqueo* que se lesionan o ponen en peligro con la violencia de género, según la concepción del propio legislador español. El excesivo rigor en el tratamiento del presente supuesto de Derecho penal del enemigo llega al extremo

207 Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un ‘Derecho penal de dos velocidades?’”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 391.

de que el maltratador familiar, concebido legislativamente como un ‘enemigo’, resulta sancionado, por causa de su especial peligrosidad, de manera más grave que el mismo acto fuera realizado por la mujer (sobre una mujer o sobre el hombre) o por un hombre sobre otro hombre, siempre que la víctima sea o haya sido esposa, concubina o novia, con o sin convivencia respecto del agresor, además de combatido con especiales medidas asegurativas de alejamiento de la víctima, familiares o allegados. Dichas medidas pueden ser, además de carácter cautelar, o sanciones impuestas tras el proceso, como medida de seguridad o como pena”²⁰⁸.

A ello se añade la circunstancia de que, socialmente, cada vez es mayor la referencia al “terrorismo machista” y a la necesidad de luchar contra esta lacra social como si de verdadero terrorismo se tratara²⁰⁹. Ámbito este en el que destaca la defensa por una parte minoritaria de

208 Polaino Navarrete, Manuel y Polaino Orts, Miguel: “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 609.

209 Basta para ello con remitirnos al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género aprobado por la Comisión de Igualdad del Congreso pendiente de su posterior tramitación parlamentaria; publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie D: General, 8 de agosto de 2017, número 200. En el mismo se hace referencia al terrorismo machista e incluso se establecen los puntos coincidentes así como los divergentes con el terrorismo convencional por un gran número de ponentes (Begoña San José Serrán, miembro de la Plataforma 7N contra las violencias machistas; José María Fernández Calleja, profesor de periodismo en la Universidad Carlos III de Madrid; Estela Sánchez Benítez, Vicepresidenta Segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres; Amalia Fernández Doyague, Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis).

la doctrina en España del Derecho penal del enemigo.

Por ello, antes de entrar en el fondo del estudio de la agravante objeto de análisis, es necesario conocer esta vertiente de la dogmática penal, así como la principal crítica hacia la misma.

02

El derecho penal del enemigo

El estudio de esta concepción de parte del Derecho Penal exige conocer cómo surge de la mano de JAKOBS y cómo evoluciona en el tiempo hasta su legitimación y la configuración de una teoría normativa del Derecho Penal. Teoría que establece una serie de principios confrontados con la concepción liberal del Derecho Penal y que llegan a identificarse con un Derecho penal de autor.

Analizados, por tanto, los principios en los que se fundamenta el Derecho penal del enemigo, procederé a la oportuna crítica y posicionamiento al respecto, por cuanto que entiendo que esta concepción carece de legitimidad en un Estado democrático al ser contraria a principios básicos que deben regir en cualquier ordenamiento jurídico y, la compatibilidad de la lucha contra la violencia de género desde una concepción del Derecho penal del hecho.

2.1

—

EL SURGIMIENTO DEL DERECHO
PENAL DEL ENEMIGO

El concepto de Derecho penal del enemigo surge en el debate del ámbito penal con ocasión de la Ponencia “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” que Günther JAKOBS presentó en el Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Fráncfort del Meno en mayo de 1985²¹⁰. En dicha conferencia el autor hablaba de “un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos”²¹¹.

La ponencia se remite a una serie de reformas que se habían realizado en el ordenamiento jurídico penal alemán para poner de manifiesto y constatar la existencia de algunos preceptos que no se ajustaban a los principios establecidos en el Derecho Penal de corte liberal que imperaba hasta entonces; en concreto suponía para algunos delitos como los relacionados con el terrorismo, un recorte de las garantías jurídicas. De este modo “presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGB de algunos preceptos propios de lo que él denomina ‘Derecho penal del enemigo’”²¹².

210 Título original en alemán: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”. Texto íntegro de la conferencia disponible en Jakobs, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, págs. 293 a 324.

211 *Ibid.*, pág. 298.

212 Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 268.

Aunque inicialmente se entiende que JAKOBS está limitándose a efectuar una descripción crítica de la legislación penal vigente en el momento en el que pronuncia dicho discurso²¹³, se va a producir una evolución hacia un posicionamiento programático y legitimador de este tipo de Derecho. Evolución que se manifiesta cuando el autor va abandonando los principios liberales del Derecho Penal en favor de un modelo penal funcionalista, primando la seguridad frente a la libertad²¹⁴. Progreso que se hace más evi-

213 Generalmente se entiende que el posicionamiento inicial de JAKOBS era descriptivo, aunque no lo suficientemente crítico, y que se produce una evolución hacia la legitimación del Derecho penal del enemigo. Pero hay autores que indican que ya desde el principio se podía entender que el autor estaba configurando una teoría programática. Así, GÓMEZ MARTÍN refiere que “algunos autores, como por ejemplo, Puppe, Naucke o Schmidhäuser, expresaron ya en 1985 sus dudas sobre si el Derecho penal del enemigo de Jakobs era una simple descripción de una parte de la legislación penal alemana, o un concepto con alguna capacidad de rendimiento en la concepción de aquel autor. A este respecto, podría señalarse que en la posición de Jakobs que ahora se analiza predominan los argumentos que abonan su entendimiento como una simple descripción de la realidad. Sin embargo, dicha posición adolece de un cierto grado de ambigüedad que no permite descartar completamente la alternativa opuesta. Así, es cierto que en las jornadas de penalistas celebradas del 16 al 19 de mayo de 1985 en *Frankfurt am main*, Jakobs afirmó, por ejemplo, que en un Estado liberal, el autor solo sería ciudadano, no enemigo; o que el Derecho penal del enemigo no sería ya Derecho, sino lucha o guerra, y entonces su caracterización, como *derecho* penal del enemigo, es meramente eufemística. Pero también lo es que junto a tales manifestaciones de un Jakobs inequívocamente liberal, en aquellas mismas jornadas, se encuentran otras mucho más inquietantes y ambiguas. Dos muestras de ello se hallan, por ejemplo, en las respuestas de Jakobs a las observaciones, respecto de su ponencia, formuladas por Calies y Schmidhäuser”. Gómez Martín, Víctor: “Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 1.027.

214 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS indica que “el cambio cualitativo que experimenta la tesis de Jakobs se produce cuando acepta sin límites un modelo penal y

dente a partir de 1999, cuando en un Coloquio de Derecho Penal realizado en Berlín traza las líneas de lo que sería su posicionamiento en relación con el Derecho Penal del enemigo; momento en el que se comprobó que “los temores de que la posición sobre el ‘Derecho penal del enemigo’ defendida por Jakobs en 1985 a otra no tan crítica con aquél, sino más programática, sólo había un paso no demasiado grande se confirmaron en 1999”²¹⁵.

Posicionamiento que además se va a acentuar como consecuencia del efecto de la globalización²¹⁶, que va a provocar la conformación de nuevas modalidades comisivas de los delitos clásicos (fundamentalmente los de carácter económico transnacional) y la aparición de nuevas formas delictivas, de modo que, como advierte SILVA SÁNCHEZ, “la asignación al Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión”²¹⁷. Reacción penal que, frente a los delitos relacionados con el terrorismo, va a sufrir un importante endurecimiento y expansión ante el ataque a las Torres Gemelas de

procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales”. Portilla Contreras, Guillermo: “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, número 49, Madrid, 2004, pág. 44.

215 Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor*, cit., pág. 296.

216 Como advierte BORJA JIMÉNEZ, una “concepción del sistema penal que está íntimamente relacionada con los procesos de globalización, y que, merced a ellos, afecta a su comprensión metodológica, viene reflejada en el denominado *Derecho Penal del enemigo*”. Borja Jiménez, Emiliano: “Globalización y concepciones del Derecho Penal” en *REPC*, tomo XXIX 2009, Madrid, 2009, pág. 180.

217 Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal...*, cit., pág. 101.

Nueva York en el año 2001. En relación con el efecto que este atentado causó en los ordenamientos jurídicos penales occidentales y la reducción en ellos de las garantías MORALES PRATS indica que con ocasión de este hecho “se desencadena la lógica de la seguridad; los Estados se encaminan a una cruzada contra la misma, los ordenamientos jurídicos, poco a poco, van a quedar contaminados por las reglas de la lucha contra el terrorismo organizado. Se trata de organizar los instrumentos jurídicos de la emergencia; lo importante es crear un escaparate de seguridad, de apariencia de respuesta punitiva organizada ante una ciudadanía desconcertada que desconfía de todo y de todos. La nueva Edad Media sufre así un nuevo impulso en su proceso de decantación histórica. En el ámbito punitivo, los Estados abandonan estrategias propias del Estado de Derecho. El ‘Derecho penal simbólico’ debe ser exhibido y publicitado, el Derecho penal de la seguridad y del aseguramiento se abre camino con una fuerza no conocida desde tiempos anteriores a la Segunda Guerra Mundial en el contexto europeo. Algunas garantías de los ciudadanos comienzan a ser contempladas como nuevos peligros. Los herejes pueden ocultarse tras el secreto de las comunicaciones; la privacidad de los datos otrora expresión de la faceta informática o tecnológica del derecho a la intimidad, se convierte en un nuevo foco de peligro para la seguridad. Las redes de comunicación, abiertas a todos y para todos, en las que los individuos son productores y receptores de información y de comunicación, dejan de ser contempladas como un nuevo espacio virtual de libertad y realización para el individuo. Potencialmente pasan a ser instrumentos de cohesión y de elaboración de estrategias terroristas por parte de grupos organizados; nace una nueva cruzada contra los herejes que pretenden socavar el orden occidental. En este contexto va a fraguar la irradiación al mundo de la empresa de lógicas represivas de los Estados, diseñadas en un princi-

pio para dar respuesta punitiva a las organizaciones criminales terroristas y de narcotráfico organizado”²¹⁸.

De unos posicionamientos descriptivos iniciales, JAKOBS va a pasar a una justificación de este tipo de normas. De este modo, llega a indicar que “el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración; cuando se habla del Derecho penal del enemigo, esto no significa ‘ley de fugas’, ‘pena de sospecha’ o incluso ‘descuartizamiento público para la intimidación’ o cosas similares (aunque esto, desde luego, no resuelve el problema de cómo trazar los límites)”²¹⁹, e incluso aunque refiere que sus consideraciones son descriptivas y no prescriptivas, ha llegado a manifestar que le “resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable”²²⁰. Incluso ha llegado a indicar que un Derecho penal del enemigo superfluo es contrario a un sistema democrático, pero no un Derecho penal del enemigo necesario²²¹.

218 Morales Prats, Fermín: *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Discurso de ingreso como Académico de número en la Real Acadèmia de Doctors, Barcelona, 5 de noviembre de 2015, pág. 51. Enlace web al discurso íntegro en la página web: <http://raed.academy/wp-content/uploads/2015/10/Discurso-Dr.-Morales.pdf> (enlace consultado el 3 de enero de 2017).

219 Jakobs, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 87.

220 *Ibid.*, pág. 97.

221 *Ibid.*, pág. 110.

Así, JAKOBS y, posteriormente, determinado sector doctrinal²²², lo que vienen a poner en evidencia es que, ante determinadas acciones delictivas, el legislador se ha visto en la “necesidad de configurar el llamado ‘Derecho Penal del enemigo’, frente al propio de los ciudadanos, en terminología de Jakobs (*Feindstrafrecht-Bürgerstrafrecht*). Se trataría de un ‘derecho’ distinto para hacer frente a fenómenos como el del terrorismo, aunque no solo, en el que decaerían las garantías jurídicas”²²³. En definitiva, el legislador adopta una política criminal más parecida a una estrategia bélica que explica un ejercicio de la acción punitiva del Estado como si de una guerra frente a determinadas conductas delictivas se tratara y sacrifica principios o garantías jurídicas del individuo en aras a la protección del principio de seguridad jurídica. Está así incidiendo en la seguridad colectiva frente a los derechos individuales, de modo que “tras los tipos penales del Derecho penal del enemigo, esto es, los tipos relacionados con la delincuencia en materia sexual, de drogas, económica y con la criminalidad organizada,

222 Ejemplos de autores en este sentido son PIÑA ROCHEFORT (en “La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos –coords.–, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires - Argentina, 2006, págs. 571 a 590), SCHILLING FUENZALIDA (en *El nuevo Derecho penal del enemigo*, editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2010), POLAINO-ORTS (en *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2009), POLAINO NAVARRETE (en “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en *CPC*, núm. 93, editorial Dykinson, Madrid, 2007), SILVA SÁNCHEZ (en *La expansión del derecho penal... , cit.*) etc.

223 Boix Reig, Javier: *La protección penal de las libertades*, Discurso de ingreso como Académico de número en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 9 de enero de 2003, pág. 17. Enlace web al discurso íntegro: <http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo55.pdf> (enlace consultado el 3 de enero de 2017).

está presente una *ideología de la seguridad* que conduce a un aumento progresivo de la demanda social de seguridad. Por una parte, este discurso de la seguridad se debe a la aparición de nuevos riesgos y al acontecimiento de riesgos ya existentes, los cuales provienen tanto de actividades peligrosas como de sujetos peligrosos, dispuestos a delinquir; pero, por otra parte, el discurso de la seguridad también se nutre de un aumento de la sensibilidad frente al riesgo y de una cierta percepción exagerada de este último por parte de los ciudadanos (dimensión subjetiva)”²²⁴. Como nos indica GONZÁLEZ CUSSAC, las posiciones originarias del Derecho penal de autor han seguido “evolucionando hasta llegar a postular la necesidad de su implantación general. Este giro es consecuencia de la adopción de un modelo penal y procesal estrictamente funcionalista, donde parece propugnarse abiertamente la renuncia a los principios del Derecho penal liberal, situando como fundamento del sistema la idea de defensa de la seguridad del Estado y de la sociedad”²²⁵.

En la doctrina jurídico-penal española, y de modo equivalente, el Derecho Penal del enemigo ha sido incorporado fundamentalmente por el pro-

224 Pastor Muñoz, Nuria: “El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del ‘peligro de peligro’”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 526.

225 González Cussac, José Luis: “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo” en *Revista Penal*, número 19, editada por la Universidad de Huelva, Huelva, enero de 2007, pág. 53. Artículo completo accesible en el enlace web: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/304/295> (enlace web consultado el 3 de enero de 2018).

fesor SILVA SÁNCHEZ en su concepción político-criminal por medio de lo que ha denominado el “Derecho Penal de tercera velocidad”²²⁶. Así, para este autor, hay que distinguir entre un Derecho Penal de primera velocidad, en el que se imponen penas privativas de libertad y se mantienen las garantías jurídicas clásicas, y un Derecho Penal de segunda velocidad en el que a las infracciones corresponde la aplicación de multas o penas privativas de otros derechos y, por lo tanto, al tratarse de penas menos graves, cabe flexibilizar las garantías básicas proporcionalmente a la reducción de la gravedad de las penas²²⁷. Y como consecuencia de una expansión y flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación, hay que admitir también un Derecho Penal de tercera velocidad, equivalente al Derecho Penal de autor en el que se mantiene la imposición de penas privativas de libertad como consecuencia de la gravedad de los hechos castigados pero al mismo tiempo se permite la flexibilidad de las garantías. Derecho penal de tercera velocidad o Derecho Penal del enemigo que, a juicio de este autor, tenderá a estabilizarse y a crecer²²⁸.

2.2

—

ENEMIGO VS. CIUDADANO

El Derecho Penal del enemigo parte de la coexistencia de dos ordena-

226 Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal...*, cit., págs. 163 a 167.

227 *Ibid.*, págs. 159 a 162.

228 *Ibid.*, pág. 167.

mientos jurídicos penales diferenciados²²⁹ consecuencia de la distinción del sujeto al que va dirigido cada uno de ellos. Por un lado está el ciudadano y por otro el enemigo del bien jurídico, siendo frente a este último contra quien es necesario reducir o flexibilizar las garantías jurídicas. Es decir, lo que importa o lo que caracteriza a esta teoría es la existencia de sujetos que, debido a su peligrosidad, requieren de un tratamiento diferenciado con respecto al ciudadano ordinario. En definitiva, “la esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos”²³⁰.

Tal es la importancia en la diferenciación entre enemigo y ciudadano que para CORNACCHIA, el procedimiento judicial “tiende a convertirse en un *instrumento de definición del reo, más que de prueba del hecho*: no se trata tanto de constatar si aquél ha cometido el delito, sino si es un enemigo, un terrorista, un criminal no recuperable; o bien si es un ‘amigo’ (arrepentido, es miembro colaborador de la justicia, etc.)”²³¹.

229 No solamente dos sistemas diferenciados, sino que incluso debe evitarse a toda costa la influencia o la afección de uno sobre el otro con el fin de mantener el Estado de Derecho. De este modo, GÓMEZ MARTÍN indica que “para Jakobs, esta contaminación [del Derecho penal del ciudadano por parte del Derecho penal del enemigo] debe ser evitada a toda costa, ya que supone un grave peligro para el Estado de Derecho. El peligro en cuestión consistiría, en caso de que aquella contaminación se produjera, en que se acabaría tratando a ciudadanos como enemigos” (Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor, cit.*, pág. 278).

230 Cancio Meliá, Manuel y Jakobs, Günther: *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003, pág. 60.

231 Cornacchia, Luigi: “La moderna *hostis iudicatio*. Entre norma y estado de excepción”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho*

Ello obliga, en primer lugar, a determinar a qué se refiere el Derecho penal del enemigo con cada una de estas caracterizaciones respecto a los sujetos, siendo que gran parte de la doctrina ha criticado que, pese a que es esencial la diferenciación entre ciudadano y enemigo, el autor ha resultado ambiguo en su determinación²³². Ambigüedad y falta de concreción que, ya de por sí, supone una afección al principio de taxatividad que debe regir en el ordenamiento jurídico penal.

JAKOBS parte de las concepciones del enemigo del Estado de Rousseau, Fichte, Kant²³³ y Hobbes, si bien acepta principalmente el posiciona-

penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 426.

232 El propio JAKOBS reconoce la dificultad en la determinación de qué sujetos son encuadrables en cada una de estas estructuras, admitiendo de este modo la existencia de un importante margen de inseguridad jurídica. Así, y respecto a los terroristas, indica que “con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esa categoría [enemigos], pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, es decir, precisamente en una expectativa ‘infinitamente contrafáctica’”. Jakobs, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, *cit.*, pág. 104.

233 En relación con la fundamentación del Derecho penal del enemigo en las teorías kantianas, y la analogía entre el enemigo como aquel que se encuentra en un estado de naturaleza (estado de ausencia de normas), PÉREZ DEL VALLE indica que “Kant contrapone dos reacciones diferentes ante quien lesiona a otro. Por una parte, la reacción frente a quien lesiona a otro y ambos se encuentran en estado jurídico-civil y, por otra, la lesión o la mera privación de seguridad necesaria, cuando el infractor se encuentra en estado de naturaleza. El simple hecho de que este sujeto se encuentre en un estado de naturaleza implica ya lo que el propio Kant denomina la ‘ilegalidad de su estado’ (*die Gesetzlosigkeit seines Zustandes*) o *status injustus* y, por tanto, el peligro para mi seguridad (para la seguridad de quienes se encuentran en estado jurídico-civil). Que

miento de estos dos últimos, para quienes el sujeto que comete una infracción penal no siempre es un enemigo, sino que ante determinadas circunstancias puede ser diferenciado entre enemigo y ciudadano²³⁴.

Así, el sujeto ordinario, al que se le aplica el Derecho penal del ciudadano, es aquel que por determinadas circunstancias ha cometido un hecho delictivo y debe ser sancionado por ello, si bien no es peligroso para el ordenamiento jurídico en tanto en cuanto se entiende que en sí mismo no supone una desestabilización del sistema. En definitiva, es un ciudadano reconducible que puede volver a la senda del comportamiento ajustado a Derecho. Y ello dado que con carácter general, y con independencia de un posible y puntual error en su conducta

tal oposición existe en el texto no creo que sea dudoso y, por tanto, no puede rechazarse de plano cualquier planteamiento que, como el de Jakobs, intente derivar consecuencias de aquella previsión. La cuestión es, entonces, si el alcance que se le da a esta diferencia de reacciones en estado jurídico-civil y en estado de naturaleza es correcto". Pérez del Valle, Carlos: "La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo", en *RECPC* número 10-03 (2008), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2008, pág. 3. Enlace web: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf> (consultado en fecha 10 de enero de 2018).

234 Como indica GÓMEZ MARTÍN, para hacer esta diferenciación entre enemigo y ciudadano al que aplicar el Derecho Penal, JAKOBS ha construido su dogmática penal "remitiéndose a las concepciones de cuatro filósofos que se refirieron al 'enemigo' como un concepto filosóficamente correcto: Rousseau, Fichte, Kant y Hobbes. Desde la teoría del contrato social defendida por los dos primeros pensadores, todo delincuente sería, por definición, enemigo de la sociedad, y declararía, mediante la comisión del delito, su voluntad de abandonar el contrato social y regresar, de este modo, al estado de naturaleza precedente. Sin embargo Jakobs considera más convincente el punto de vista mantenido por Kant y Hobbes. Para estos autores, no todo delincuente sería, por definición, enemigo, sino que, al contrario, también quienes delinquen pueden ser divididos en ciudadanos y enemigos". Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor...*, cit., pág. 271.

que puede tener origen en múltiples circunstancias o una actuación delictiva incidental, adecúa su comportamiento a la norma, mostrando fidelidad a la misma. Por el contrario, el enemigo es aquel que, no reconociendo la legitimidad del ordenamiento jurídico, actúa atacando el mismo poniéndolo en peligro²³⁵. Es un sujeto que no puede ser reconducido para que ajuste su comportamiento a la norma.

Así, enemigo es quien “incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (‘personas en Derecho’)– ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás

235 ASÚA BATARRITA pone en duda esta capacidad de poner en riesgo y tener la capacidad de destruir el ordenamiento jurídico. Así, indica que “la explicación de que el ‘no ciudadano’, el peligroso, puede ‘destruir el ordenamiento jurídico’ parece a todas luces una hipérbole en las sociedades de democracia asentada. Ni siquiera al terrorismo de Al Qaeda puede asignársele capacidad de destruir los ordenamientos jurídicos de los países donde se realiza sus terribles ataques”. *Vid.*; Asúa Batarrita, Adela: “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 246.

personas y –en consecuencia– la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma”²³⁶. El enemigo, “de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”²³⁷. El enemigo, con su acto, no solamente está lesionando o poniendo en peligro un concreto bien jurídico protegido sino que es responsable “de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho. Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la ‘polis’ a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra”²³⁸.

El ciudadano es, en definitiva, quien con carácter general acondiciona su actividad o comportamiento a las expectativas sociales que de él se tienen, y muestra su fidelidad y ajusta su comportamiento a la norma, mientras que el enemigo no ofrece garantía alguna de que vaya a adaptar su conducta a la norma y opta por actuar al margen de la misma. El enemigo, por el contrario, manifiesta con su actuación su déficit de respeto a la norma y al ordenamiento jurídico, atacándolo de manera sistemática y separándose así de manera permanente del orden jurídico establecido. Así, no resulta posible calcular o prever el comportamiento

236 Polaino Orts, Miguel: *Derecho penal del enemigo...*, cit., pág. 192.

237 Muñoz Conde, Francisco: “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la ‘tolerancia cero’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, en *RGDP* número 3 mayo 2005, editada por Iustel, Madrid, 2005, epígrafe II, párrafo sexto. Enlace web: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403856&d=1 (consultado en fecha 1 de noviembre de 2017).

238 Stc. del TS, Sala 2ª, Sección Primera, número 829/2006, de 20 de julio. EDJ 2006/109810.

del sujeto que es calificado como enemigo con arreglo a las expectativas normativas que rigen en sociedad, causando inseguridad al resto de los miembros de la comunidad que exige, según esta concepción, llevar a cabo actuaciones de defensa del sistema frente a cualquier agresión.

Para esta doctrina se entiende necesario atajar el comportamiento de este tipo de sujetos, dado que de lo contrario se producirá en el ciudadano una sensación de inseguridad en la norma que puede poner en peligro al propio sistema u ordenamiento jurídico. En definitiva, “el sujeto culpable es castigado para la ‘conservación de la confianza en la norma general’ y para la ‘puesta en práctica de su reconocimiento’”²³⁹. Como indica POLAINO ORTS, “la configuración de la ‘persona en Derecho’ únicamente es viable si se parte del supuesto de que los demás conciudadanos también se van a comportar como ‘personas en Derecho’, esto es, si cognitivamente mantienen una razonable confiabilidad en que la norma va a seguir siendo modelo de orientación. Por supuesto, si existe un peligro latente de que la norma no es un proyecto realizable (y ello ocurre, sin duda, cuando unos sujetos se enfrentan por sistema a la norma como modelo de orientación social), entonces no puede fundamentarse ni siquiera el presupuesto básico de la Sociedad: la garantía cognitiva de la realidad de la norma y de la persona en Derecho”²⁴⁰.

El hecho de que el enemigo no reconozca la legitimidad del ordenamiento jurídico supone un peligro para el mismo que debe ser atajado,

239 García Arán, Mercedes: “Culpabilidad, legitimidad y proceso”, en *ADPCP*, tomo XLI, fascículo I, 1998, pág. 87.

240 Polaino Orts, Miguel: *Derecho penal del enemigo, ..., cit.*, pág. 244.

según el Derecho penal del enemigo, por medio de un procedimiento judicial más flexible en cuanto a sus garantías y un ordenamiento jurídico penal sustantivo más gravoso, que se anticipe a los hechos y en el que las penas tengan una finalidad distinta atendiendo a las circunstancias del sujeto considerado no ciudadano.

2.3

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para el Derecho penal del enemigo, el hecho de que el sujeto, en contra del ciudadano, no reconozca la legitimidad del ordenamiento jurídico y opte por un ataque sistemático al mismo, pone en cuestionamiento permanente la vigencia y la legitimidad de la norma y supone un grave problema de inseguridad jurídica para quienes sí admiten la legitimidad del ordenamiento. “Dichos sujetos (‘enemigos’) ponen en peligro con su conducta la estabilidad del sistema al menoscabar la mínima seguridad cognitiva que el resto de los ciudadanos tienen en la norma. O para decirlo con palabras de Jakobs, la acción ‘atenta contra la permanencia del Estado’. El autor no se comporta aquí como ‘persona autorresponsable’ sino como ‘individuo peligroso’, y por ello se le combate en tanto fuente de peligro o –por mejor decir– por la lesión actual que entraña”²⁴¹.

Esto supone que el ordenamiento jurídico penal, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo, en el Derecho penal del ciudadano va a te-

241 *Ibid.*, pág. 292.

ner en consideración principalmente las esferas de libertad del sujeto que es sometido a un procedimiento penal, mientras que el Derecho penal del enemigo va a velar principalmente por la protección de los bienes jurídicos, de modo que para esto último va a tener que sacrificar una serie de garantías y principios que sí rigen cuando quien es sometido a enjuiciamiento es el ciudadano²⁴².

El Derecho penal del enemigo tendría tres elementos o circunstancias características, que CANCIO MELIÁ las resume en: “en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas”²⁴³.

242 En palabras del propio JAKOBS, mientras que “el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. Günther, Jakobs: *Estudios de Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 298.

243 Cancio Meliá, Manuel: “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, pág. 356.

En un sentido muy similar, GÓMEZ MARTÍN indica que se trata de “un Derecho penal caracterizado por los siguientes elementos: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya

El Tribunal Supremo, analizando precisamente la relación entre el Derecho penal del enemigo y los delitos de terrorismo –aunque ha negado la existencia de esta concepción del Derecho Penal en España²⁴⁴– ha destacado también estas notas como las características de esta teoría dogmática, y así ha indicado que:

“Las señas de identidad de este Derecho penal serían las siguientes:

1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de prisión de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de Juez natural y crear Tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin in-

cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados ‘*Klimadelikte*’); c) constituyen la transición de una ‘legislación penal’ (‘*Strafrechtsgesetzgebung*’) a una legislación de lucha’ o ‘de combate’ (‘*Bekämpfungsgesetzgebung*’); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal”. Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor*, ..., cit., pág. 270.

244 Así, la Stc. del TS, Sala 2ª, número 655/2007, de 25 de junio [EDJ 2007/104570] indica que el Derecho penal del enemigo es un “supuesto muy alejado del actual tratamiento jurídico del terrorismo en España, donde se aplica el principio de responsabilidad por el hecho”.

tervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas.

3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas²⁴⁵.

Un claro ejemplo de la anticipación de las barreras punitivas lo constituyen los delitos de terrorismo, en los que la mera pertenencia a una organización o grupo terrorista, o incluso el mero entrenamiento, supone la comisión de un delito en grado de consumación, aunque no se haya iniciado ni ideado ningún acto terrorista concreto que pudiere afectar directamente a la vida o a la integridad física de las personas o a los bienes. Así, los actos preparatorios son considerados, en sí mismos, actos constitutivos de infracción penal en grado de consumación²⁴⁶.

Con relación al carácter prospectivo y no retrospectivo, e im-

245 Stc. del TS, Sala 2ª, número 1140/2010, de 29 de diciembre. EDJ 2010/279606.

246 Un ejemplo de este adelantamiento en la barrera punitiva lo constituye el actual art. 575 CP, en el que se indica:

posición de medidas asegurativas, parte de la doctrina equipara las medidas de protección establecidas en el art. 544.bis²⁴⁷ y

“1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista”.

247 Art. 544.bis de la LECrim:

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

544.ter²⁴⁸ de la LECrim a este Derecho Penal de autor, dado que la

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544.ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

248 Art. 544.ter de la LECrim:

“1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el Juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de aten-

ción a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de

adopción de medidas como el abandono del hogar familiar, alejamiento

orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario Judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A

de la víctima o la prohibición de comunicación con la misma, partirían de una presunción de peligrosidad del sujeto activo y supondría por tanto la adopción de medidas restrictivas de la libertad anticipándose a la comisión de nuevas infracciones. En este sentido, POLAINO NAVARRETE indica que “el combate contra la violencia intrafamiliar es un ejemplo paradigmático de Derecho penal del enemigo: se combate al varón de manera especialmente agravada y asegurativa, por representar un especial foco de peligro frente a su pareja o allegados, de manera que imposibilita el desarrollo de la personalidad de ellos por mor de la inseguridad cognitiva que su conducta comporta. En dicha represión agravada (por ejemplo, mediante las medidas llamadas genéricamente de alejamiento), se emplean los instrumentos que normalmente caracterizan al Derecho penal del enemigo: adelanto de la punibilidad, agravación de las penas, combate de focos de peligro, e imposición de medidas especialmente asegurativas, como el abando-

estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

no del hogar familiar, el alejamiento de la víctima o la prohibición de comunicación con la misma”²⁴⁹.

No obstante, y como indicaremos más adelante, dichas medidas, aplicadas con arreglo a las garantías procesales y los principios básicos del ordenamiento jurídico penal, no deben entenderse como medidas propias de un Derecho Penal del enemigo.

Esta concepción del Derecho Penal como una parte del ordenamiento jurídico que actúa como consecuencia de la peligrosidad que supone para el propio sistema democrático la existencia de enemigos, traslada el fundamento de la intervención penal no ya a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino en la mera existencia de un riesgo abstracto. Por ello, “el fundamento del castigo se traslada hasta el juicio de peligrosidad”²⁵⁰.

Esto supone igualmente una concepción de la función de la pena diferente, en la que esta tiene como fin único el mantenimiento de la seguridad, primando así la prevención especial negativa para evitar el peligro, obviando otros fines de la pena constitucionalmente establecidos²⁵¹. De

249 Polaino Navarrete, Manuel: “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: Luces y sombras” en A.A.V.V., Burgos Ladrón de Guevara, Juan (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, editorial Comares – Universidad de Sevilla, 1ª edición, Granada, 2007, pág. 63.

250 González Cussac, José Luís: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 69.

251 Así, GONZÁLEZ CUSSAC nos indica al respecto que: “la función de la pena ya no será la tutela de bienes jurídicos, sino el mantenimiento de la seguridad colectiva. Así mismo los fines del castigo, más allá de consideraciones de prevención general, descansarán en la finalidad de inocuización, de aislamiento y de exclusión del peligro. Y una pregunta final: ¿queda algún espacio para la resocialización?. Ninguno mientras

este modo la función primaria de la pena no es sino la prevención especial negativa, esto es, dado que el enemigo es un delincuente peligroso lo que corresponde es evitar que vuelva a cometer un delito. La pena en el Derecho penal del enemigo tiene como función principal “la ‘eliminación de un peligro’, esto es, su neutralización o combate”²⁵². Además la pena tiene como función no ya la defensa de cualquier bien jurídico, sino la reafirmación de la estructura social existente, “la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente, o la afirmación de la validez contrafáctica de la norma abstracta”²⁵³. Como indica Díez RIPOLLÉS, “la pena, en el caso de que estos ciudadanos defrauden la expectativa normativa, tiene la función de reafirmar la vigencia de la norma infringida, confirmando así la identidad social; los efectos preventivos o motivadores de futuros comportamientos le son ajenos o, al menos secundarios”²⁵⁴.

no ofrezca una mínima ‘seguridad cognitiva’. Esto es, ninguno mientras no renuncie a su forma de vida y deje de representar una ‘fuente de peligro’. *Ibid.*

252 Polaino Orts, Miguel: “*Derecho penal del enemigo*”, *cit.*, pág. 271.

Igualmente, y en este sentido, Gómez Martín indica que “la distinción entre ciudadanos y enemigos determinaría en la pena una doble función: con respecto a los ciudadanos, la pena cumpliría una función de prevención general positiva, y en relación con los enemigos, en cambio, una de prevención especial negativa inocuidadora, como si de una medida de custodia de seguridad se tratase”. Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor*, *cit.*, pág. 307.

253 Aponte, Alejandro: “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 164.

254 Díez Ripollés, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 579.

3

Crítica al Derecho penal del enemigo

La doctrina es mayoritariamente en España contraria a aceptar la legitimidad del Derecho penal del enemigo, al no respetar los principios básicos de la concepción liberal del Derecho Penal y entenderlo, así, como un ejemplo del Derecho penal autoritario. En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC ha indicado que el “Derecho penal del enemigo no constituye una auténtica novedad teórica, sino que más bien representa una formulación nueva que se inscribe dentro de lo que conocemos tradicionalmente como pensamiento autoritario”²⁵⁵. De igual modo, MUÑOZ CONDE refiere que “cuando hablamos del ‘nuevo Derecho penal autoritario’ nos estamos refiriendo a un Derecho penal más autoritario de lo normal, de un Derecho penal que se ha colado de rondón, ‘por la puerta falsa’ de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales unas garantías que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, ‘Derecho penal de enemigos’, es hoy en día una tarea urgente y necesaria”²⁵⁶. Y de

255 González Cussac, José Luis: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 52.

256 Muñoz Conde, Francisco: “El nuevo Derecho penal autoritario” en la *Revista Nuevo Foro Penal* de la Universidad EAFIT, Colombia, número 66, 2003, pág. 16.

forma similar, ASÚA BATARRITA ha indicado que los “críticos al llamado ‘Derecho penal del enemigo’ coinciden en caracterizarlo, justamente, una nueva versión del ‘Derecho penal de autor’ sobre el que se pretendieron legitimar las prácticas más atroces del terror de estado del nacionalsocialismo alemán, y de toda la pléyade de regímenes autoritarios de la segunda mitad del siglo pasado que son conocidos en el mundo”²⁵⁷. JULIO LASCANO llega incluso a remitirse a las teorías jurídicas alemanas de VON LISZT cuando manifiesta que la expresión de Derecho penal del enemigo “con palabras similares expresadas ya en 1882, por von Liszt, en su célebre *Programa de Marburgo*, fue empleada por la concepción belicista propia de la civilización industrial para explicar el ejercicio de la potestad punitiva estatal como una verdadera *guerra a la criminalidad y a los criminales*, que constituían una especie inferior del género humano, donde entraban los habitantes de los pueblos colonizados por los ‘civilizados’ europeos o la clase proletaria de las potencias colonizadoras. Se trataba del discurso biológico-racista propio del positivismo criminológico peligrosista”²⁵⁸.

No obstante, FEIJOÓ SÁNCHEZ, aun reconociendo esa similitud con ordenamientos jurídicos vigentes en Estados autoritarios históricos, explica que el Derecho penal del enemigo se inclina “hacia un Derecho penal de

257 Asúa Batarrita, Adela: “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal”..., *cit.*, pág. 242.

258 Julio Lascano, Carlos: “La ‘demonización’ del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 218.

autor, aunque no se puede negar que se trata de un Derecho penal de autor de características distintas a los modelos que conocíamos hasta ahora”²⁵⁹.

El primer motivo de oposición a consentir el Derecho penal del enemigo en un Estado democrático y de Derecho es la imposibilidad de asumir, en un mismo ordenamiento jurídico, dos sistemas diferenciados, esto es, un sistema general en el que se respeten los principios y las garantías básicas (tanto materiales o sustantivas como procesales), dirigido a los ciudadanos, y un sistema excepcional aplicable a aquellos supuestos en los que el legislador determine que nos encontramos ante un “enemigo”²⁶⁰. Esto, en sí mismo, no sería sino una renuncia al propio Estado de Derecho y carecería de justificación alguna. En este sentido, BOIX REIG indica que “a nadie se le escapa de que el peligro fundamental derivado de un entendimiento excepcional de la intervención punitiva en tales casos es el de la quiebra misma del Estado de Derecho. Un Derecho penal cualitativamente diferente sólo puede concebirse en un marco institucional distinto. No cabe hablar de dos derechos penales, de dos sistemas de garantías distintos”²⁶¹. Del mismo modo, MUÑOZ CONDE indica que el Derecho, “por definición, no admite que se pueda distinguir entre ‘ciudadanos’ y ‘enemigos,’ como sujetos

259 Feijoó Sánchez, Bernardo José: “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 818.

260 En palabras de JAKOBS, un “Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, [que] se transmuta en defensa frente a riesgos”. Jakobs, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”..., *cit.*, pág. 113.

261 Boix Reig, Javier: *La protección penal de las libertades...*, *cit.*, pág. 14.

con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores, o lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. En definitiva, el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder”²⁶².

En definitiva, aceptar esta separación en dos tipos de ordenamientos jurídicos supondría asumir la posibilidad de dejar sin efecto las garantías que deben observarse en un Estado de Derecho para que sea concebido como tal en aquellos supuestos en los que el legislador entendiera que se produce una agresión al propio sistema jurídico, permitiendo así la protección de este por medios excepcionales que podrían ser autoritarios.

Pero el punto de partida, esto es, la separación entre ciudadanos y enemigos, es criticada y, desde mi punto de vista, inadmisibile, fundamen-

262 Muñoz Conde, Francisco: “El nuevo Derecho penal autoritario”..., *cit.*, pág. 28.

talmente por entender que infringe el principios de igualdad y/o prohibición de discriminación y el principio de dignidad de las personas.

En relación con la vulneración del principio de igualdad o prohibición de discriminación al efectuar una separación de los sujetos entre ciudadanos y enemigos y aplicar, en consecuencia, diferentes sistemas penales, GONZÁLEZ CUSSAC indica que esta bifurcación del ordenamiento jurídico afecta a “cuestiones de constitucionalidad desde la óptica del principio de igualdad, y más concretamente desde la prohibición de discriminación” y “abre la discusión en torno a la aparente desigualdad ante la ley de unos y otros, por la coexistencia de dos Derechos penales”²⁶³. No obstante, entiendo que no puede admitirse esta crítica por cuanto que el Derecho penal de autor no está efectuando esta distinción de sujetos, al menos con carácter general, atendiendo al nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española. Si bien este autor teme por el hecho de que exista una tendencia a la expansión del Derecho penal del enemigo que “fácilmente se desliza desde los grupos terroristas, hasta organizaciones criminales, para luego quizás atraer a grupos *victimizados* como inmigrantes, vagabundos, toxicómanos, o incluso extranjeros”²⁶⁴, esto es, colectivos inmersos en situaciones sociales desfavorecidas, lo cierto es que en esos casos determinados sí podríamos hablar de la vulneración del principio de igualdad o no discriminación, pero en los supuestos concretos, no en la teoría general del Derecho penal del enemigo.

263 González Cussac, José Luis: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 64.

264 *Ibid.*, pág. 65.

La principal línea de rechazo por parte de la doctrina a esta separación de la ciudadanía entre aquellos a los que les corresponde ser objeto del Derecho penal del ciudadano y quienes merecen someterse al Derecho penal del enemigo, es la afección al principio de dignidad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC indica que es en el hecho de “distinguir entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos” donde “reside la clave del debate, esto es, en aceptar o no esta premisa mayor” de modo que “la principal línea de rechazo ya se ha apuntado desde la idea de la dignidad de la persona, así como por su incompatibilidad con los fundamentos del Estado de Derecho, el sistema democrático e incluso con su consideración misma como Derecho” dado que “el sistema democrático se apoya en el acuerdo y en el respeto por la dignidad humana, por lo que nadie puede ser excluido mediante su calificación como no-persona”²⁶⁵. ALLER, en la misma línea de pensamiento, manifiesta que “es de rigor cuestionar la pretensión por dejar de lado la calidad de persona, ya que lo es todo individuo de la especie humana, desde la concepción, con independencia de lo eventualmente despreciable y reprochable de sus posteriores actos, puesto que negar la condición de persona implicaría un retroceso en el reconocimiento jurídico de la dignidad y personalidad humana, obtenido mediante tanto sacrificio en la historia y consagrado en múltiples tratados y convenciones internacionales, así como en las respectivas legislaciones nacionales”²⁶⁶. E igualmente, DEMETRIO

265 *Ibid.*, pág. 58.

266 Aller, Germán: “El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 90.

CRESPO indica que “se trata de un *Derecho penal ilegítimo* principalmente, y en primer lugar, porque niega el derecho fundamental de la dignidad humana”²⁶⁷. En definitiva, “el Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso”²⁶⁸.

El Tribunal Constitucional ha indicado que existen una serie de derechos que:

“pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos ‘inherentes a la dignidad de la persona humana’ (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a

267 Demetrio Crespo, Eduardo: “El derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, pág. 506.

268 Gracia Martín, Luis: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’”, en *RECPC*, número 07-02 (2005), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2005, pág. 42. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. (web consultada el 23 de diciembre de 2017).

la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva [...] cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000: ‘proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto –valor espiritual y moral inherente a la persona– (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar’. (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 A). De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos –que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana– (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2 y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)²⁶⁹.

269 Stc. del TC, Pleno, número 236/2007, de 7 de noviembre.

De este modo, el Derecho penal del enemigo supone respecto a una serie de sujetos una modulación o flexibilización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al tratarlos como no-ciudadanos inadmisibles en un orden político y jurídico democrático como el nuestro, dado que es un derecho que resulta inherente a cualquier persona.

Además, esta separación entre ciudadanos y enemigos o no-ciudadanos, planteada por esta doctrina jurídico-penal supondría una vulneración del principio de dignidad de la persona al no respetar el principio de autonomía individual que, igualmente, es un elemento básico de la dignidad humana. Así, GONZÁLEZ CUSSAC manifiesta que “la concepción de la ‘conducta desviada’ parte de una visión moralizante del hombre y de la sociedad, entendiéndola como una ‘falta de algo’, en especial de carencia de pautas morales; como una especie de anomia (*anomos*), esto es, sin ley, carente de restricción, de templanza, forma o pauta. La consecuencia de esta concepción es la desaparición de cualquier manifestación de la libertad individual, ya que se difumina de modo total y absoluto cualquier atisbo de autonomía personal [...] el punto de partida del Derecho penal del enemigo, diferenciando entre personas y no-personas, entre personas e individuos, entre ciudadanos y enemigos, es antes que nada, un regreso a la tribu, a la caverna y por tanto el fin del progreso de la humanidad”²⁷⁰.

También se plantea respecto al Derecho penal del enemigo la quiebra del principio de culpabilidad por el hecho cometido y su afección,

270 González Cussac, José Luís: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 60.

por tanto, al bien jurídico protegido, trasladándose a una responsabilidad no por el hecho sino por el sujeto. El “llamado ‘Derecho penal del enemigo’, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho penal del hecho, y se convierte en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como Derecho penal de autor. Al Derecho penal de autor le corresponde a su vez un concepto de ‘culpabilidad del autor’, frente a la ‘culpabilidad por el hecho’ del Derecho penal del Estado de Derecho”²⁷¹.

Esta tesis o posicionamiento es atacada por los defensores de la doctrina de JAKOBS, que entienden que no existe esa omisión. Así, indican que “el enemigo, para poder ser combatido, ‘ha de hacer algo’, de manera que no basta con el mero encontrarse en un estado de naturaleza, como en la doctrina kantiana: esto es, ha de manifestar su déficit de respeto a la garantía cognitiva precisamente mediante su conducta (principio del hecho), que es tipificada por el legislador penal (principio de tipicidad), la cual además lesiona un bien jurídico considerado penalmente relevante (principio de ofensividad), y que, obviamente, le resulta subjetivamente imputable (principio de culpabilidad). Brevemente: no basta con el mero peligro latente de hallarse en un estado de naturaleza, sino que se exige un peligro latente normativizado”²⁷². Pero, pese al intento de defender la no vulneración de los principios del hecho y de ofensividad, lo cierto es que el Derecho penal del enemigo parte

271 Demetrio Crespo, Eduardo: “El derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein!...”, *cit.*, pág. 494.

272 Polaino Orts, Miguel: *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, pág. 255.

de la peligrosidad del sujeto adelantando su intervención a momentos previos o preparatorios a la comisión del hecho con el fin de que no llegue a producirse la efectiva lesión al bien jurídico protegido, bastando no una puesta en peligro concreta del mismo sino una puesta en peligro tan abstracta como casi inexistente (a modo de ejemplo, la mera pertenencia a una banda organizada que no ha cometido, aún, ningún hecho delictivo). En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC indica que “se procede a definir legalmente la peligrosidad previamente a la iniciación de actividades delictivas, mediante el recurso a establecer grupos de riesgo. La mera pertenencia a uno de estos grupos de riesgo ya determina la peligrosidad, pues se presume que en un futuro se convierta en un ataque real. [...] existe un argumento clásico contra este entendimiento de la peligrosidad, aquel que considera que entonces el ser humano es tratado como si fuese ‘un hecho ciego de la naturaleza.’ [...] con este procedimiento se opera con presunciones *iuris et de iure*, o en el mejor de los casos *iuris tantum*, de peligrosidad y por ende de ser considerado delincuente. Por consiguiente, la plasmación de esta doctrina en la formulación legal desemboca en la estructura de delitos de sospecha”.²⁷³.

La falta de afección efectiva al bien jurídico protegido (dado que el delito es concebido como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sino como el quebrantamiento de la vigencia de la norma²⁷⁴) supone, además, una vulneración del principio de proporcionalidad, por cuanto

273 González Cussac, José Luis: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 63.

274 Gómez Martín, Víctor: “Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano...”, *cit.*, pág. 1029; y Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor...*, *cit.*, pág. 280.

que se produce la intervención del Derecho Penal y la correspondiente sanción por la mera pertenencia a un grupo de riesgo (esto es, no por lo que el sujeto ha hecho, sino por lo que puede llegar a hacer, por la amenaza o peligro que representa antes de llegar a cabo el hecho dañoso), y no al daño producido al bien jurídico protegido²⁷⁵.

Otro motivo por el que el Derecho penal del enemigo resulta inadmisibles en un Estado de Derecho democrático es el grave recorte que se produce en las garantías procesales de algunos sujetos, en aras de la defensa del propio Estado. Como se ha indicado a lo largo del presente capítulo, el legislador adoptaría una política criminal más parecida a una estrategia bélica que explica un ejercicio de la acción punitiva del Estado como si de una guerra frente a determinadas conductas delictivas se tratara y sacrifica principios o garantías jurídicas del individuo en aras a la protección del principio de seguridad jurídica. Entiendo que este sacrificio o recorte de las garantías no puede ser ajustado a los principios que rigen en una democracia, dado que las mismas no son sino límites a la actuación autoritaria de un Estado. “Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no de-

275 Como indica GONZÁLEZ CUSSAC, “si el castigo de una conducta no se fundamenta ya en la lesión de un bien jurídico, sino en la mera pertenencia a un grupo de riesgo, tampoco podrá hablarse en propiedad de una pena como consecuencia de la infracción previa. El fundamento del castigo se traslada hasta el juicio de peligrosidad [...] la prognosis criminal se articula desde la previa consideración como ‘fuente de peligro’ de un ser humano; o sea, de su peligrosidad social (ex ante), constituye el momento esencial de esta propuesta”. González Cussac, José Luís: “El renacimiento del pensamiento totalitario...”, *cit.*, pág. 69.

clarar contra sí mismo, etc), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo²⁷⁶. Garantías irrenunciables como la presunción de inocencia, el debido proceso (limitación de los medios probatorios e incluso el derecho de defensa), prohibición de intervención de comunicaciones, etc.²⁷⁷ se verían vulneradas y con ello el propio Estado de Derecho. Como refiere BOIX REIG: “No cabe aceptar, en suma, un derecho que no es tal, pues priva del Derecho y las garantías a todos los ciudadanos, generando tal inseguridad jurídica que acabará dejando en manos del poder político la determinación de quien es ese

276 Muñoz Conde, Francisco: “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español...”, *cit.*, epígrafe II, párrafo vigésimo noveno.

http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403856&d=1 (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

277 “Un signo especialmente significativo para la identificación del Derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados. Así, se pone ya en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente la exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del –o se reinterpreta restrictivamente el– principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de ‘fines investigadores’, y en el plano teórico se reivindica incluso la tortura”. Gómez Martín, Víctor: “Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo...”, *cit.*, pág. 1.057.

enemigo, que lo será finalmente por pensar y manifestar sus ideas. Hay determinadas conquistas jurídicas que son irrenunciables²⁷⁸.

Por último, hay que tener en cuenta que los fines de la pena que dimanar de esta doctrina, son contrarios a nuestro mandato constitucional. Tal y como dispone el art. 25 de la Constitución Española, uno de los fines de las penas privativas de libertad, así como de las medidas de seguridad, es la reeducación y la reinserción social de los condenados. Finalidad que no se cumple en el Derecho penal del enemigo, que tiene como objetivo única y exclusivamente la reafirmación de la norma y la consecuente inoquización del condenado, pues parte de la peligrosidad innata del sujeto.

En definitiva la existencia de normas que se ajustan a los postulados del denominado Derecho penal del enemigo no debe ser asumida por el jurista sino que, dado que tal y como hemos visto, son disposiciones contrarias a un ordenamiento jurídico democrático que deben ser identificada y proceder conforme a su crítica, con el fin de orientar al legislador. Precisamente, MUÑOZ CONDE indica, en este sentido, que “en lo que sí tiene razón JAKOBS, es en poner de manifiesto la existencia real, y no meramente encubierta, de un ‘Derecho penal del enemigo’ también en los

278 Boix Reig, Javier: *La protección penal de las libertades...*, cit., pág. 19.

De igual modo, CORCOY BIDASOLO anima a “luchar contra la ‘flexibilización de los requisitos probatorios’ que se produce en los nuevos delitos [...], luchar contra la ‘utilización’ de la dogmática para evitar la prueba de los hechos [...] y en definitiva, defender el respeto de las garantías del imputado/acusado/condenado como principios esenciales de un Derecho penal conforme con la Constitución”. Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales” en AAVV, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.): *Constitución y sistema penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 172.

Ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Pero la labor del penalista no debe quedarse, a mi juicio, en la mera constatación de su existencia, sino que debe analizar también su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las Declaraciones Internacionales de Derechos humanos. El jurista no puede ser en estos casos, como pretende JAKOBS, un simple ‘mensajero’ que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás más que conocidas), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios”²⁷⁹.

4

La lucha contra la violencia de género desde el derecho penal del hecho

Indicado lo anterior, no podemos admitir, en modo alguno, que el Derecho Penal adopte un posicionamiento contrario a los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico y que se acerque al Derecho penal del enemigo. Dos son los elementos o circunstancias que, fundamentalmente, han hecho

279 Muñoz Conde, Francisco: “La reforma de la Parte Especial del Derecho penal español...”, *cit.*, epígrafe II, párrafo cuadragésimo segundo.

a la doctrina llegar a plantearse ese extremo con relación a la legislación existente en materia de violencia en el ámbito familiar y asimilado y de violencia de género: en primer lugar, y como indicaba al principio del presente capítulo, la adopción de medidas asegurativas o cautelares específicas (la prohibición de comunicación y acercamiento y la orden de protección, reconocidas en los arts. 544.bis y ter de la LECrim, respectivamente) que parten de la concepción del maltratador familiar o machista como de un enemigo²⁸⁰; y, por otro lado, la diferenciación penal según si el sujeto activo es hombre o mujer en los tipos género-específicos en materia de violencia de género, suponiendo así la premisa de peligrosidad por parte del hombre y, por tanto, la infracción de los principios de culpabilidad e igualdad.

4.1

MEDIDAS CAUTELARES

En relación con las medidas asegurativas o cautelares contempladas en el art. 544.bis de la LECrim, debemos tener en cuenta que dicho precepto

280 En este sentido, LLORIA GARCÍA indica que la orden de protección “parece inspirarse en postulados del Derecho penal de autor marginando el principio del hecho. Se valora la inclinación delictiva hacia un delito, por motivos de prevención especial, todo ello sin olvidar que para adoptar la medida es necesario que concurren una serie de indicios racionales bastantes de criminalidad, que sirvan para poner en entredicho la inocencia; esto es, hay que partir de la presunción de inocencia pero con elementos suficientes que autoricen a valorar la posible responsabilidad en el hecho.” Lloria García, Paz: “La expansión del derecho penal en su aplicación judicial: la violencia de género como ejemplo paradigmático”, en AAVV, García Rivas, Nicolás y Riquert, Marcelo Alfredo (dir.), *Garantías penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción nacional*, editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2011, pág. 101.

no se limita a la violencia cometida en el ámbito familiar o doméstico. El legislador, al contemplar la posibilidad de que el instructor adopte de forma cautelar limitaciones al investigado consistentes en prohibición de residir en / o acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas o en la prohibición de aproximarse o de comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, no se ha limitado a los sujetos contemplados en el art. 173.2 del CP²⁸¹ o en el art. 1 LMPiVG.

Por el contrario, en lugar de remitirse a un elemento subjetivo, hace referencia a tal efecto a un elemento objetivo, esto es, que lo que esté siendo objeto de investigación en el procedimiento penal sea uno de los delitos contemplados en el art. 57 del Código Penal²⁸². Si bien no podemos negar, como refiere QUINTERO OLIVARES²⁸³, que este pre-

281 Esto es, cónyuges, excónyuges, personas que estén o hayan estado ligadas por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o personas menores o con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

282 Dicho precepto se refiere a los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnizad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

283 “Por otra parte el problema de la violencia doméstica no solamente fue abordado en esta ley [LO 11/2003], pues hay modificaciones de cierta importancia en la reforma del Código penal introducida por la Ley Orgánica 15/2003 de 23 de noviembre, en cuanto se desarrolla la pena de localización permanente y las medidas sobre pro-

cepto tiene especial aplicación en relación con los delitos de violencia familiar o doméstica y violencia de género, ello obedece a la especial relación existente entre los sujetos intervinientes –y, por lo tanto, un mayor riesgo para la víctima por su proximidad afectiva o dependencia– pero, como veremos, deben cumplirse unos requisitos para su imposición sin que quepa una aplicación automática y sin que deba entenderse que se produce una merma de las garantías o una presunción de peligrosidad del sujeto por el mero hecho de mantener una relación familiar o asimilada.

Así, este tipo de medidas (o incluso penas, en virtud de lo dispuesto en el art. 48) no es extraño adoptarlas, siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos, en supuestos ajenos a la violencia en el ámbito familiar y asimilado y la violencia de género, como son supuestos de lesiones entre vecinos, agresiones sexuales cometidas por personal docente²⁸⁴, etc. Lo que ocurre es que la especialidad existente en los delitos de violencia familiar o

hibición de aproximación a la víctima, que aunque no sean materias vinculables exclusivamente a la violencia doméstica es indudable que tienen en ella un claro campo aplicativo”. Quintero Olivares, Gonzalo: *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pág. 103.

284 A modo de ejemplo el Auto número 44/2012, de 12 de marzo, dictado por la Sala 2ª del TC [EDJ 2012/117689] acuerda no haber lugar a la suspensión de la pena consistente en la prohibición de aproximación y comunicación por tiempo de cinco años con respecto a las víctimas de los delitos de agresión sexual cometidos por un profesor. Incluso en ocasiones se ha acordado en relación con este tipo de situaciones, prohibir al investigado o investigada realizar cualquier tipo de actividad educativa, cultural, deportiva, de ocio o similar, retribuida o no, en la que tenga alguna responsabilidad sobre menores de edad (a modo de ejemplo el auto de 6 de febrero de 2016 dictado por el Juzgado de Instrucción número 6 de Barcelona [EDJ 2016/9766] acuerda la libertad

doméstica y de género en cuanto al mantenimiento de las relaciones entre los sujetos intervinientes, supone la aplicación mayoritaria a este tipo de supuestos, pero el propio precepto reconoce delitos que nada tienen que ver, como los cometidos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Por otro lado, y si bien las medidas contenidas en el artículo 544.ter de la LECrim sí se limitan a los sujetos que mantienen entre sí una relación de las contenidas en el art. 173.2 del Código Penal (no solamente, por tanto, a supuestos de violencia de género), no existe ninguna previsión especial en cuanto a las medidas cautelares a adoptar en materia penal, siendo que dicho precepto se remite a las previstas ya en la LECrim con carácter general y hace referencia a dicha regulación en cuanto a su contenido, vigencia y requisitos²⁸⁵.

Como he indicado con anterioridad, la aplicación de este tipo de restricciones, no es automática en los supuestos de violencia familiar o doméstica y de género²⁸⁶. Tratándose de medidas que suponen una limitación para

de un profesor investigado por un delito de agresión sexual a un alumno pero imponiendo, entre otras medidas, la prohibición reseñada).

285 Art. 544.ter.6:

“Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima”.

286 Basta comprobar, en este sentido, las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial. En este sentido, y con relación al año 2016, en España se incoaron a instancia de la víctima, de terceras personas, del Ministerio Fiscal o de oficio un total de 3069 órdenes de protección (art. 544.ter), de las que 2.145 fueron adoptadas y 925 fueron

la libertad del investigado en una fase procesal en la que ni tan siquiera se ha acreditado la existencia del hecho delictivo y su autoría, además de que se estén investigando unos hechos encuadrables en los tipos delictivos referidos en el art. 57 CP, se exige la concurrencia de elementos que supongan indicios suficientes y racionales de criminalidad (*fumus boni iuris*), peligro de mora o de reiteración delictiva (*periculum in mora*) y ponderar los intereses en conflicto (esto es, el riesgo para la víctima y la necesidad de urgencia en su adopción, en relación con las limitaciones que supone para el investigado). En este sentido, y a modo de ejemplo, el Auto número 1100/2012, de 26 de julio, dictado por la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid [EDJ 2012/219584] indica que, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 544.bis y 544.ter de la LECrim:

“sabido es que cuando de adopción de medidas cautelares reales se trata, la resolución que las acuerda ha de analizar la concurrencia de las propuestas que la condicionan. Esto es el lla-

denegadas (existe un desfase de una orden de protección). <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-Domestica-en-la-estadistica-del-CGPJ/> (página web consultada el 20 de enero de 2018).

Igualmente, y en el resumen que el CGPJ efectuó en relación con el décimo aniversario de la aprobación de la LO 1/2004, se indicaba que en funciones de guardia, y en materia de violencia de género, los juzgados habían aplicado la orden de protección en el 43% de los procedimientos incoados y medidas cautelares distintas a la propia orden de protección en un 13'8%, no aplicando medida alguna en el 43'2% de los supuestos. Boletín de información estadística del Consejo General del Poder Judicial número 43, de noviembre de 2015, “Diez años de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los órganos judiciales”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Violencia-sobre-la-Mujer/> (página web consultada el 20 de enero de 2018).

mado ‘*fumus boni iuris*’ o apariencia de buen derecho que en el procedimiento penal se concreta en la existencia de indicios racionales de criminalidad; y el ‘*periculum in mora*’ o peligro de mora. Así como efectuar un ponderado análisis de la finalidad que se pretende con la medida cautelar y de los intereses en conflicto valorando su necesidad y proporcionalidad.

En relación a (*sic*) las medidas de alejamiento es necesario, que se esté investigando un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, o existan indicios fundados de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código penal, así como que exista un peligro para la víctima; y que sea estrictamente necesaria a fin de protección de la misma.

A los efectos de determinación del peligro, debe evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida con objeto de evitar nuevos actos de agresión.

La afectación a derechos fundamentales de la persona a la que se imponen (como son los derechos a la libertad ambulatoria, y a la presunción de inocencia, en sus dos vertientes tradicionales –regla de juicio y de tratamiento–), requiere que cualquier decisión que se adopte por parte del Juez además de cumplir el deber general de motivación (expresivo de las razones jurídi-

cas que le han movido a adoptar la decisión), pondere específicamente la adecuación de la medida desde la contemplación de los riesgos que con ella se quieren conjurar, lo que exige un análisis específico del ‘fumus boni iuris’ de que el riesgo puede ser conjurado (teniendo en cuenta la proporcionalidad) mediante el alejamiento de la persona a quien se imputan indiciariamente unos hechos graves, de la o las personas sobre las que se temen ataques a su vida, a su integridad física, a su libertad y al resto de los bienes jurídicos expuestos en la LECrim y en el art. 57 CP”.

En definitiva, teniendo en cuenta que no son medidas limitadas al ámbito de la violencia familiar o de género, y que se aplican cuando concurren los requisitos generalmente establecidos para el resto de medidas cautelares, no podemos hablar de herramientas legislativas propias del Derecho penal del enemigo.

4.2

—

PRINCIPIOS DE IGUALDAD, CULPABILIDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Hemos de tener en cuenta que la agravante objeto de la presente investigación, como hemos tenido ocasión de comprobar *supra*²⁸⁷, no afecta únicamente a un sexo con respecto al otro, esto es, que pue-

287 En la recapitulación de la primera parte del presente trabajo; *Vid.*; Capítulo II, epígrafe 4.

den ser tanto hombre como mujer el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito cometido al que se aplique la agravante de discriminación por razón de género. Y ello por cuanto que lo que importa para su aplicación es que el hecho delictivo se cometa como consecuencia de que el sujeto pasivo no ajusta su modo de actuación a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

No obstante, y dado que el hecho de que la violencia de género, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la LMPIVG y los tipos género-específicos desarrollados como consecuencia de la misma, afecta únicamente a los hechos cometidos por el sujeto activo hombre frente a quien es o ha sido su cónyuge o excónyuge (mujer), novia o exnovia, o persona especialmente vulnerable, debe hacerse referencia a la posible vulneración del principio de igualdad, pues ello supondría entender que el ordenamiento jurídico penal español estaría calificando el sujeto activo hombre como enemigo.

A partir de este entendimiento del sujeto activo como un enemigo, esto es, que el Estado estuviera aplicando los principios del Derecho penal del enemigo en los delitos de violencia de género, se estaría produciendo un quebrantamiento del principio de igualdad, al tratar diferente al hombre y a la mujer en cuanto a las consecuencias penales, y la vulneración de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, pues el hombre vendría a ser condenado por hechos ajenos, esto es, por la mera pertenencia del sujeto activo al grupo dominante en la sociedad dicotómica heteropatriarcal, sin necesidad de acreditar esa

superioridad ni la voluntad de someter al sujeto pasivo²⁸⁸.

No obstante, entiendo que no existe esa pretendida vulneración del principio de igualdad o prohibición de no discriminación. La violencia en el ámbito familiar cometida por un hombre sobre la mujer parte de la situación de subordinación de esta en el reparto de los roles establecidos en una sociedad patriarcal como la nuestra, lo que provoca una situación de desequilibrio inicial que implica la inexistencia, de partida, de la igualdad entre el hombre y la mujer reconocida en el art. 14 de la Constitución Española. Si ponemos en relación el art. 14 con el art. 9.2, ambos de la CE, es posible establecer este desequilibrio inicial y, por lo tanto, la inexistencia de discriminación en la aplicación de los preceptos penales género-específicos relacionados con la violencia de género. De este modo, los hechos tipificados en los delitos de violencia de género (en los términos indicados en el art. 1 LMPIVG) constituyen un plus o un desvalor que suponen una lesión más grave al bien jurídico protegido²⁸⁹ (el hecho objeto de condena no solo supone una afeción a la integridad física, la integridad moral, etc. del sujeto pasivo, sino también a su propia dignidad). Por el contrario, en el caso de que una mujer llevara a cabo este mismo tipo de actuaciones con el fin de someter a su

288 En este sentido, GÓMEZ MARTÍN hace referencia a estos motivos o argumentos en relación con los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la LMPIVG en Gómez Martín, Víctor: “¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional” en AAVV, Mir Puig Santiago y Queralt Jiménez, Joan Josep (dir.): *Constitución y principios del Derecho Penal. Algunas bases constitucionales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 256 a 265.

289 En este sentido, Fuentes Soriano, Olga: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Diario La Ley*, nº 6362, Madrid, 2005, pág. 15.

pareja, concurriría un ánimo de sometimiento, como puede ocurrir en el resto de delitos de violencia familiar o doméstica, pero no por motivo del sexo del sujeto pasivo, como sí ocurre a la inversa²⁹⁰.

En relación con el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia, esto es, entender que se sanciona al hombre bajo la idea presumida de que el sujeto activo ostenta una situación de superioridad, hay que tener en cuenta que no existe tal presunción, es decir, no se presume que exista una intención de sometimiento y una especial vulnerabilidad de la víctima, sino que el mayor reproche penal en estos supuestos se deriva “por el ámbito relacional en el que se producen y el significado objetivo que adquieren como expresión de una desigualdad estructural de género que atenta contra la dignidad de la mujer como persona”²⁹¹.

No obstante, el principio de responsabilidad por el hecho nos obliga, caso a caso, a atender a las circunstancias concretas, de modo que en aquellos supuestos en los que dicha agresión tenga lugar en una situación en la que no exista ese desequilibrio en la relación y, por tanto,

290 A favor y en relación con la constitucionalidad de los preceptos relacionados con la violencia de género y, por tanto, la no consideración de los mismos como un Derecho Penal del enemigo o consecuencia de la expansión del Derecho Penal, justificando así un “derecho penal de género” o “derecho penal sexuado”, resulta de interés Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* número 08-02 (2006), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2006. <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

291 Serrano Masip, Mercedes: “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, en De Hoyos Sancho, Monserrat (dir.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 739.

no afecte a la dignidad de la mujer como persona, no serán de aplicación los tipos género-específicos.

El Tribunal Constitucional, analizando estos argumentos, ha resuelto conforme a la constitucionalidad de la LMPIVG entendiendo que no se vulneran ni el principio de igualdad ni el principio de culpabilidad y la correspondiente presunción de inocencia. Así, el Tribunal Constitucional, en Pleno, en la Sentencia número 59/2008, de 14 de mayo, publicada en el BOE número 135/2008, de 4 de junio, y ha determinado en el Fundamento Jurídico 11:

Respecto al principio de igualdad:

“Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de

que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”.

Respecto al principio de culpabilidad, ha determinado que:

“el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción”.

No obstante, y cuando a continuación proceda a analizar la agravante genérica de discriminación por razones de género, habrá que tener en cuenta el cumplimiento de todos los principios y garantías que exige un Estado democrático y de Derecho, sin que puedan asumirse posicionamientos que nos recuerden o que remitan al Derecho penal del enemigo.

4.3

RECAPITULACIÓN

En definitiva, la regulación existente en relación con los delitos de violencia de género²⁹² ha supuesto graves críticas doctrinales por entender que se estaba produciendo una expansión del derecho penal o una legitimación del Derecho penal del enemigo no admisible en nuestro ordenamiento jurídico.

Traslación de los principios en los que se basa esta doctrina dogmático-penal que no es admisible por los motivos ya indicados *supra*²⁹³, y que fundamentalmente se remiten al respecto a la dignidad de la persona, el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los individuos, la necesaria y efectiva afección al bien jurídico protegido que fundamenta el principio de lesividad y la inadmisibles reducción o flexibilización de las garantías penales. Esto nos obliga a interpretar la regulación existente en materia de violencia de género, o violencia por razones de género, con arreglo a los principios básicos de un Estado democrático y de Derecho.

De este modo, podemos concluir que el establecimiento de una regulación específica en materia de violencia de género no debe ser consi-

292 Así como en relación con los denominados delitos de odio (arts. 510 y siguientes del Código Penal), en los que, como tendremos ocasión de valorar cuando nos centremos en el fundamento de la agravante, se plantea la posibilidad de que el legislador esté aplicando un Derecho Penal del enemigo o de autor al basarse exclusivamente en las creencias del sujeto activo.

293 *Vid.*; Epígrafe 3 del presente capítulo.

derada, *per se*, un ejemplo de Derecho penal del enemigo, aunque en la práctica en ocasiones se haya podido comprobar un exceso o recelo en los operadores jurídicos que hayan conducido a entender que se está llevando a cabo una expansión inadmisibles²⁹⁴. En este sentido, ALONSO ÁLAMO indica que “el establecimiento de penas más severas para el hombre que para la mujer ante una misma conducta ha llevado a sugerir que el Derecho penal de género podría llegar a ser considerado como una manifestación del Derecho penal del enemigo contrapuesto al Derecho penal del ciudadano. Pero frente a esta crítica cabe señalar que el Derecho penal de género no participa de los rasgos propios del llamado Derecho penal del enemigo y que, como se señaló antes, tampoco puede aceptarse que sea expresión, ni de lege lata ni de lege ferenda, de discriminación positiva”²⁹⁵. En definitiva, la regulación específica de la violencia de género en nuestro ordenamiento jurídico, al margen de la violencia en el ámbito familiar o la violencia cometida por el hombre, no vulnera los principios básicos de nuestro ordenamiento

294 Así, LLORIA GARCÍA indica que “esto me lleva a pensar que las razones que mueven al Juez a dictar la orden no son siempre guiadas por el principio de proporcionalidad y después de una valoración objetiva de la situación de riesgo. Dada la creciente sensación de inseguridad, y el temor a la reincidencia, con las consecuencias que la misma tendría para el sujeto pasivo del delito, pero también para el propio operador jurídico, se decretan las medidas de manera casi automática. [...] El porqué de esta situación, desde luego, se puede encontrar, no sólo en la dificultad con la que tropiezan los operadores jurídicos a la hora de realizar un juicio objetivo ponderado, entre la protección de los derechos del procesado y los de la víctima, sino también el presión mediática, elemento que he establecido como causa esencial de análisis en este trabajo”. Lloria García, Paz: “La expansión del derecho penal...”, *cit.*, pág. 102.

295 Alonso Álamo, Mercedes: Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 95, editorial Dykinson, Madrid, 2008, pág. 80.

jurídico configurando un Derecho penal del enemigo o de autor, sino que “es coherente con los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad y demás principios penales”²⁹⁶.

No obstante, la interpretación de cada uno de estos tipos delictivos o, en el presente caso, de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género, deberá ajustarse a los principios básicos que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, sin que se admita por esta vía una legitimación del Derecho penal del enemigo. De este modo, cuando se valore el fundamento de la agravante (así como su naturaleza jurídica, elementos, etc.), este no podrá estar justificado en el castigo al foro interno del autor o a una actitud machista o discriminatoria determinada, sino al hecho de que la manifestación externa de dicha voluntad justificará una intervención punitiva mayor como consecuencia de la afección a la culpabilidad o a un incremento del injusto determinado²⁹⁷.

296 Mari Farinós, Enrique: *La relación de dominación como fundamento del delito de violencia de género del artículo 153.1 CP*, dirigida por Ángela Matallín Evangelio, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2015, pág. 270.

297 En este sentido, Gascón Cuenca, Andrés: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 138.

CAPÍTULO II

**Aproximación
a la teoría general de
las circunstancias
agravantes de
la responsabilidad
criminal**

Aproximación a la teoría general de las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal

1

—

Introducción

Un profundo análisis de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y más concretamente de las agravantes, resultaría un acometimiento excesivo para el presente trabajo, que se limita al estudio de la concreta agravante de discriminación por razones de género. No obstante, como paso previo a la valoración de dicha figura penal resulta necesario aproximarse, siquiera someramente, al estudio de la teoría dogmático-jurídica existente en torno a las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal y el análisis de las distintas posiciones mantenidas sobre la razón de ser de las circunstancias modificativas, su naturaleza, contenido, etc., ya que, dependiendo de la postura que se asuma en cada caso, será posible plantear la propia configuración de la agravante que constituye el objeto del presente trabajo.

Cualquier análisis de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal nos obliga, por tanto, a estudiar las distintas posiciones encontradas en la doctrina en torno a la configuración de las circunstancias modificativas genéricas. Todo ello teniendo en cuenta que, como nos indica GONZÁLEZ CUSSAC, “llama poderosamente la atención que nuestra literatura penal no haya prestado toda la atención que requiere a la problemática de atenuantes y agravantes”, a excepción de la existencia de monografías y estudios correspondientes a las circunstancias analizadas de manera individualizada. Ello, pese a que en la dogmática siguen siendo “semillero de no pocas controversias, y podría decirse, no sin cierta exageración, que en ellas todo es discutido y discutible, aún en nuestros días, pues los distintos autores siguen sin ponerse de acuerdo en los puntos nucleares desde los cuales sería posible trazar una explicación de las mismas”²⁹⁸.

2

—

Planteamiento general

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en el modo en el que hoy las entendemos y de la forma en la que se encuentran reconocidas en nuestro Código Penal se regulan en nuestro

298 González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1987, pág. 9.

ordenamiento jurídico penal con ocasión de la codificación. Hasta entonces, la “aplicación y determinación de las penas quedaba a la libre apreciación del juzgador al que se permitía incluso, en supuestos excepcionales, combinar penas ordinarias en favor de lo que a su juicio constituyera una pena más adecuada al delito cometido”²⁹⁹. Como indica MATALLÍN EVANGELIO, “la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al modo que hoy las entendemos, en el Derecho Penal anterior a la codificación, impide establecer paralelismos exactos en la búsqueda de atenuantes de análoga significación a las actuales”³⁰⁰.

Como reacción a un desmedido arbitrio judicial durante el Antiguo Régimen, en el que se había producido un abuso injustificado de los poderes públicos, durante la codificación se plantea la necesidad de establecer una serie de circunstancias que permitan, al margen de dicha voluntad del juzgador, proceder conforme a la determinación con-

299 Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44.

No obstante, y en relación con figuras penales que guardaban cierta similitud con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal existentes en el ordenamiento jurídico español antes de la codificación, esto es, que recogían figuras similares pero ajenas a un sistema como el actual basado en el principio de legalidad (en concreto para realizar un acercamiento y repaso de circunstancias análogas en el Derecho arcaico en Iberia, el Derecho Penal romano, el ordenamiento jurídico penal visigodo, el Derecho Penal canónico, el Derecho Penal durante la Edad Media y el Derecho Penal correspondiente a las monarquías absolutistas previo a la codificación), resulta de interés Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebató...*, *cit.*, págs. 31 a 44.

300 *Ibid.*, pág. 44.

creta de la pena a imponer. Ello, unido a la voluntad de efectuar una correcta y acertada individualización de la pena a imponer tomando como base el principio de igualdad ante la ley³⁰¹.

Este planteamiento se opone a la concepción de igualdad como uniformidad. Esto es, entendida en el sentido de que toda la ciudadanía, al ser igual ante la ley, debe responder con idéntica pena ante el mismo hecho. Idea que se apoya en la valoración del hecho delictivo contemplado en su totalidad, tomando en consideración la determinación concreta de la pena, otros hechos naturales que concurren en la comisión delictiva³⁰².

Así, y tal y como hemos podido comprobar *supra*³⁰³, en el Código Penal de 1822, aprobado en fecha ocho de junio de ese mismo año, se regulaban una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, en concreto, en su artículo 106 se contemplaban una serie de agravantes que, con carácter general, resultaban de aplicación “en todo delito o culpa”. De este modo, “en nuestro CP se instaura un sistema de *determinación legal de la pena*, mediante el establecimiento de márgenes dentro de los cuales el juzgador debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. Podemos hablar de un *legalismo flexible*, sin que ello signifique, necesariamente, detrimen-

301 González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, editado por la Universidad de Valencia, Valencia, 1988, pág. 150.

302 En este sentido, Puente Segura, Leopoldo: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, editorial Colex, Madrid, 1997, pág. 314.

303 *Vid.*; Epígrafe 2, capítulo I, Primera parte.

to de las garantías formales y materiales inherentes al mismo³⁰⁴. Esto supone un sistema progresivo para el cálculo de la pena en concreto a imponer en un caso determinado: en primer lugar, existe en el tipo penal una especificación legal abstracta de la pena o marco penal en abstracto; en segundo lugar, el propio ordenamiento jurídico establece un mecanismo de determinación legal de la pena mediante el establecido del marco punitivo en consideración a los límites contenidos en el tipo penal y, en su caso, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (marco penal concreto); y en tercer lugar procede el juzgador en la oportuna sentencia a la individualización judicial de la pena.

El establecimiento de un sistema de circunstancias genéricas no es el único mecanismo jurídico existente para determinar e individualizar la pena en los actuales ordenamientos jurídicos penales. Así, existen Códigos Penales en los que se reconoce un sistema de circunstancias agravantes “relativamente indeterminadas”³⁰⁵, otros en los que, prescindiendo de un sistema

304 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 507.

305 “También las contempla [las circunstancias modificativas] en la parte general del Código, pero difiere a la hora de su concreta descripción, siendo aquí mucho menos detallada y exhaustiva. Admite a su vez dos importantes variaciones. Una caracterizada por el empleo de fórmulas de gran amplitud de contenido, donde técnicamente se determinan los elementos más importantes que el juez deberá tomar en consideración para fijar la medida de la pena a efectos de su agravación [...] Otra, en la que simplemente la ley se limita a estipular una amplísima clausula donde se recogen las anteriores, —definidas de un modo muy genérico— en los que el juez se apoyará para incrementar la penalidad [...]. Este sistema parece implicar, en principio, una mayor potenciación del arbitrio judicial”. González Cussac, José Luis: *Teoría general de las cir-*

de circunstancias genéricas, se opta por el establecimiento exclusivamente de circunstancias agravantes especiales o específicas y, otros, en los que el juzgador dispone de todo el marco punitivo legalmente establecido para concretar la pena sin existir una técnica concreta. En relación con este último, en el *Common Law* se establecen una serie de “sentencing guidelines” que no son sino directrices para la determinación de la pena pero que dejan un amplio margen de flexibilidad a las autoridades judiciales (marco más flexible en Estados Unidos que en Inglaterra y Gales)³⁰⁶.

En el Código Penal vigente en España, así como en los que le han precedido históricamente, se reconocen distintos tipos de agravantes; por un lado las circunstancias agravantes genéricas³⁰⁷ contenidas y descri-

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis..., *cit.*, pág. 58.

306 Resulta de especial interés para ampliar los conocimientos respecto al sistema de individualización de las penas en el *Common Law*, Marquès i Banqué, María: “La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el ‘Common Law’”, en *REPC*, volumen XXXVII, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2017, págs. 123 a 178. Igualmente, y en relación con los Estados Unidos de América, Zysman Quirós, Diego: *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

307 De forma habitual denominadas genéricas (y así se reconoce, por ejemplo, en AAVV, Muñoz Machado, Santiago (dir.): *Diccionario del español jurídico*, elaborado por la Real Academia de la Lengua Española y el Consejo General del Poder Judicial, editorial Espasa, Madrid, 2016. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E16840>) aunque existen otras nomenclaturas. Así, entre otras denominaciones, GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER utilizan los términos “genéricas” o “comunes” (González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 509), SALINERO ALONSO las denomina “generales” (Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código*

tas taxativamente en el artículo 22 de dicho texto punitivo y por otro, circunstancias agravantes especiales o específicas que se contemplan para determinados delitos en la parte especial³⁰⁸. De este modo se compatibiliza la existencia de circunstancias agravantes genéricas y circunstancias agravantes especiales o específicas que se determinan para una serie concreta de delitos y que pueden coincidir, o no, con las establecidas en el citado artículo 22³⁰⁹.

Penal, editorial Comares, Granada, 2000, pág. 21), y ALONSO ÁLAMO se refiere a ellas también como circunstancias “en sentido estricto” (Alonso Álamo, Mercedes: *El sistema de las circunstancias del delito*, editado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1982, pág. 328).

308 En relación con las circunstancias especiales o específicas, aunque no es objeto del presente trabajo, se debe indicar que se entiende generalmente que son igualmente elementos accidentales que generan tipos delictivos agravados, de modo que no condicionan la existencia de la propia figura delictiva de base, o tipo básico. No obstante, “se ha discutido si algunas de las llamadas ‘circunstancias’ de la parte especial que únicamente determinan una agravación de la pena, pero no condicionan la existencia de una figura delictiva, como es el caso de los arts. 501, 506, 516 y 529 del Código Penal, son auténticas circunstancias, y por ello, verdaderos elementos accidentales. Sin entrar en un análisis detallado del problema, nos inclinamos a pensar, siguiendo entre otros autores a VIVES ANTÓN, que más bien se trata de subtipos agravados, y no de circunstancias, por cuanto afectan al contenido de injusto”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 94.

309 Como nos indica González Cussac, “Esta sistemática no excluye la posibilidad de que, además, se contengan también circunstancias agravantes ‘específicas’ para determinados delitos junto a los que se regulan y se describen. Se trata, pues, de una fórmula que compagina circunstancias ‘especiales’ o ‘específicas’, y de otro ‘generales’ o ‘genéricas’. Este sistema ha sido seguido en Italia, Portugal, U.R.S.S., España, Chile, Venezuela y en otros países de influencia hispánica”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 39. Así, en el modelo italiano, se “introduce junto a distintas circunstancias en la Parte Especial, un catálogo de atenuantes y agravantes en su Parte General, artículos 61, 62 y 62 bis [...] Junto a estos cuadros de circunstancias generales el artículo

En el ámbito doctrinal han surgido posicionamientos encontrados en relación con el fundamento, naturaleza jurídica, la estructura y la aplicación de estas circunstancias (tanto las generales o genéricas como las especiales o específicas) que, como hemos referido con anterioridad, obligan a realizar un breve estudio a fin de efectuar un posicionamiento previo al examen en particular de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género.

3

—

Fundamento

Un análisis del fundamento de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal exige previamente concretar el concepto jurídico de circunstancia adoptado por nuestro ordenamiento jurídico penal y que no tiene por qué ajustarse al concepto gramatical vulgar u ordinario de circunstancia³¹⁰.

133 CPI recoge lo que podría denominarse ‘circunstancias indefinidas o innominadas’.
Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 16.

310 La Real Academia de la Lengua Española define circunstancia en su enlace web consultado en fecha 1 de marzo de 2018 (<http://dle.rae.es/?id=9Ka81Rt>), y que se corresponde con la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española, editado en el año 2014 como:

“1. f. Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho.

Aunque el término circunstancia aparece reflejado en un importante número de ocasiones en nuestro texto punitivo³¹¹, este concepto tiene distintos y muy variados significados³¹² y carece de una expresa definición jurídico-penal. No obstante, y cuando en el presente trabajo se hace referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, nos estamos remitiendo a lo que GONZÁLEZ CUSSAC se refiere como concepto legal propio “strictu sensu” de circunstancia, esto es, hechos o condiciones absolutamente accesorios de la infracción “que desempeñan una función igualmente accesoria: modificar la pena”, y que son únicamente las reconocidas en los artículos 21, 22 y 23 del Código Penal³¹³, y ello “por cuanto la ley les otorga a ellas, y sólo a ellas, un específico y singular régimen jurídico”³¹⁴.

El carácter accidental de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal³¹⁵, así como su ubicación en el propio texto penal, ha hecho que surja una discusión doctrinal en cuanto a si el estudio de

2. f. Calidad o requisito.

3. f. Conjunto de lo que está en torno a alguien; el mundo en cuanto mundo de alguien”.

311 Así aparece en los artículos 21, 22, 23, 80, 95, 127, 136, 138, 172, 173, etc., hasta en un gran número de ocasiones a lo largo de todo el articulado.

312 Así, igual se habla de circunstancias del hecho (art. 89), de circunstancias del delito (art. 90), de circunstancias personales (art. 91), etc.

313 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 508.

314 González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis..., cit., pág. 222.

315 A este carácter accidental se hará referencia en el siguiente epígrafe del presente capítulo, referido a la naturaleza jurídica.

las circunstancias, y por tanto su fundamento, debe partir de la teoría jurídica del delito o de la teoría jurídica de la pena.

Por un lado, quienes entienden que el estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal reside en el seno de la teoría jurídica del delito, y que constituye la doctrina mayoritaria, las relacionan con la gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad del autor, entendiendo así que el injusto y la culpabilidad son modulables³¹⁶. De este modo, establecen su fundamento en “la mayor o menor gravedad del contenido de lo injusto del hecho o en la mayor o menor culpabilidad del autor por el hecho realizado. Ello significa que las circunstancias, aunque produzcan sus efectos en la determinación de la pena, han de venir referidas previamente a la teoría del delito en dónde gradúan lo injusto y la culpabilidad, es decir, dónde determinan la mayor o menor gravedad del delito. Por ello, el *quantum* de la pena a imponer, como consecuencia jurídica por el delito cometido, va a depender precisamente de la concurrencia o no de circunstancias agravantes o atenuantes, es decir, de la mayor o menor gravedad del delito”³¹⁷. Hecho que, además, se justifica por el lugar sistemático y adecuado en el que se encuentran en el Código Penal.

316 En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS indica que: “Tanto el injusto como la culpabilidad son magnitudes graduables que, en atención al principio de proporcionalidad, deben tener su correspondencia en la pena a aplicar en el caso concreto. Por ello, estas circunstancias producen sus efectos en la determinación de la pena, generalmente, graduando el injusto y la culpabilidad”. Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal. Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 215.

317 *Ibid.*, pág. 41.

Por el contrario, quienes determinan el fundamento de estas circunstancias con base en la teoría de la pena, entienden que el delito a veces presenta caracteres adicionales que transforman su fisonomía a efectos de pena, pero no afectan a la propia sustancia del mismo, sino que, dejándola intacta, proyectan su eficacia en la medición de la pena, de modo que “la reconducción a la teoría jurídica del delito es más un deseo que una realidad”³¹⁸.

En este sentido, SALINERO ALONSO critica el posicionamiento de quienes intentan reconducir el fundamento a la teoría del delito indicando que este “planteamiento es correcto en principio pero peca, desde nuestro punto de vista, por exceso y por defecto. Por exceso al presuponer que todas las circunstancias modificativas se vinculan necesariamente a la teoría del delito a través de la antijuricidad o culpabilidad –lo que sí puede predicarse de todas las eximentes incompletas–. Ya hemos adelantado que en determinados casos no cabe apreciar un fundamento dogmático sino exclusivamente político-criminal. Y, de otro lado, por defecto, ya que el razonamiento no se lleva a sus últimas consecuencias. En efecto, el hecho de que tales construcciones presupongan la existencia del delito no determina, sin embargo, que posean una función meramente accidental en relación a (*sic*) la pena a imponer. Su verificación provoca la creación de un marco penal intermedio entre el fijado primariamente por el legislador y el marco concreto en el que operan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El establecimiento de este marco intermedio, consecuencia de la distinta valoración legislativa de las eximentes in-

318 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 443.

completas y minoría de edad frente a las circunstancias en sentido estricto, da lugar a que no les sea aplicables las reglas previstas para estas últimas, al desarrollar su eficacia en momentos diversos, de tal manera que no pueden ser compensadas con agravantes genéricas que pudieren concurrir en el hecho, aunque su presencia no obsta la de circunstancias genérica ordinarias siempre que no sean esencialmente incompletas o reiterativas”³¹⁹.

Por otro lado, surgen otros posicionamientos mixtos o eclécticos, como es el caso de ORTS BERENGUER, que centran el fundamento, de una parte, en la disminución del daño o del reproche culpabilístico y, de otra, en motivos político-criminales o de justicia material. Como indica MATALLÍN EVANGELIO, estos posicionamientos parten de que “se configuraría un criterio intermedio de fundamentación, que combinaría el mantenido por la doctrina mayoritaria y aquel otro que busca su ‘última ratio’ en principios de naturaleza político criminal de muy variado carácter (entre los que operan, desde luego, en ocasiones, la disminución del daño y la del reproche culpabilístico), constituidos en reglas sustantivas que desempeñan la función de medir la pena prevista para el delito, adecuándola e individualizándola al supuesto concreto”³²⁰.

319 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 45.

320 Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebato...*, cit., pág. 233. No obstante, MATALLÍN EVANGELIO entiende que debe examinarse el fundamento al margen de la teoría jurídica del delito y desde la perspectiva de la teoría de la pena, e indica que “nos hallamos ante un instituto ajeno a los elementos esenciales del delito que desempeña una función meramente accesoria en la determinación de la pena, cuya ubicación sistemática se encuentra, lógicamente, al margen de la Teoría jurídica del delito”. Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebato...*, cit., pág. 287.

Vistos los posicionamientos anteriores, entiendo, y desde esta perspectiva se analizará en adelante la circunstancia agravante objeto de estudio, que el sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe vincularse a la teoría del delito, y no con la de la pena. Y ello atendiendo, en primer lugar, a su propia ubicación sistemática en el Código Penal; esto es, en el Título I del Libro I del texto punitivo, reservado a las infracciones penales, y no en su Título III, consagrado a las penas. El hecho de que el legislador no haya ubicado las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el apartado específico de las penas, nos indica que no es simplemente una graduación de las mismas, sino que guarda relación con los propios elementos del delito³²¹.

A ello se añade el propio *nomen iuris* del que el legislador ha dotado a estas circunstancias, dado que se remite a elementos que puedan modificar la responsabilidad del sujeto activo, y no las denomina como “circunstancias modificativas de la pena”.

Pero además, porque efectivamente, y tal y como ha indicado en innumerables ocasiones el Tribunal Supremo, el injusto y la culpabilidad no son estructuras absolutas sino que son graduables o modulables³²², lo que justifica su estudio desde la perspectiva de la teoría del delito.

321 Esta ubicación sistemática en el texto punitivo ya se contemplaba en el anterior Código Penal, en el que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Título I del Libro I, consagrado a los “delitos y faltas y de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan”, y no en el Título III del mismo libro, reservado para las penas.

322 En este sentido, y a modo de ejemplo, la Sentencia número 492/2016, de 8 de junio, dictada por la Sala 2ª del TS, y en relación con la concreta determinación de la pena, indica que: “Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco pe-

No obstante, y establecido así que el fundamento general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuantes y agravantes, guardan relación directa con la culpabilidad o el injusto, deberá después determinarse en el caso concreto de cada una de las circunstancias, el fundamento de la misma³²³. Así, SALINERO ALONSO nos indica que “admitir la doble fundamentación del sistema de circunstancias no es óbice para que de manera independiente y particular sea examinada la *ratio* de cada una de ellas ya que el análisis de sus elementos, de sus

nal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

— En primer lugar, de la intensidad del dolo, —y si es directo, indirecto o eventual— o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

— En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

— En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad —o responsabilidad— del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

— Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad”.

323 Aunque algún autor ha relacionado el fundamento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal única y exclusivamente con el principio de culpabilidad (como JIMÉNEZ DE ASÚA), la mayoría de la doctrina entiende que el fundamento puede encontrarse bien en el injusto, bien en la culpabilidad o incluso en ambos, lo que obliga a examinar de manera individualizada cada una de las circunstancias para determinar cuál es su fundamento.

antecedentes y del momento social y jurídico en que se desenvuelve –el ejemplo más claro lo tenemos en la evolución sufrida por la agravación de nocturnidad– no sólo extraeremos datos para determinar su naturaleza o relación con el artículo 65, sino también para poder determinar su fundamentación dogmática o político criminal³²⁴. Será necesario analizar el fundamento de la circunstancia concreta objeto de estudio si queremos alcanzar un conocimiento completo y no fragmentario de la misma³²⁵.

4

Naturaleza jurídica

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tanto agravantes como atenuantes (e incluso la circunstancia mixta de parentesco, que puede tener un efecto agravatorio o atenuatorio de la pena), pueden entenderse con carácter general como elementos accidentales del delito. Esto es, deben considerarse como elementos ajenos al propio tipo penal que desempeñan una función accesoria en la concreta determinación de la pena que no afectan a la propia existencia del de-

324 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 73.

325 Como refiere MATALLÍN EVANGELIO, el fundamento y el significado aparecen tan entrelazados “que sin afrontar la problemática del primero difícilmente alcanzaremos algo más que un conocimiento fragmentario y parcial del régimen jurídico de la circunstancia modificativa”. Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebató...*, cit., pág. 233.

lito³²⁶, en definitiva, una circunstancia “no es un elemento constitutivo del delito, sino un *quid pluris* respecto al tipo”³²⁷. “Es decir, que puede darse o no darse y el delito subsistirá igualmente. El delito tiene vida perfectamente con independencia de la presencia de éstos”³²⁸. De este modo, la concurrencia de todos los elementos típicos del delito son necesarios para poder entender que el mismo ha sido cometido y, entonces, tener en consideración estos elementos accidentales, pero si estos últimos no concurren, permanecerá el delito.

Esto supone, por otro lado, la exclusión de dicha caracterización de las eximentes contenidas en el artículo 20 del Código Penal, las eximentes incompletas y la menor edad. Ello se debe a que estas circunstancias no pueden ser consideradas como simples elementos accidentales que gradúen o sirvan para concretar la pena. Así, SALINERO ALONSO nos indica que “si partimos, como lo hemos hecho, de que las circunstancias generales no afectan a la esencia del delito, sino que lo presuponen y,

326 Aunque la mayoría de la doctrina sostiene que son elementos accidentales del delito, y así se va a entender en el presente trabajo, BACIGALUPO ZAPATER afirma que “en realidad las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en esas disposiciones no son sino circunstancias del tipo penal legisladas con una técnica que no es la mejor. Mediante ellas se da la posibilidad al tribunal de completar cada tipo penal de la parte especial introduciendo las modificaciones del marco penal que el artículo autoriza”. Y sigue diciendo que son “elementos del tipo que tienen –como todos los elementos del tipo– relevancia especial para la determinación del marco penal. No se diferencian en nada de otras circunstancias que están integradas en los tipos individuales de la parte especial”. Bacigalupo Zapater, Enrique: “La individualización de la pena en la reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, Madrid, 1980, pág. 61.

327 AAVV, Muñoz Machado, Santiago (dir.): *Diccionario del español jurídico*,... cit. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E16820>

328 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 94.

en desarrollo de su función accidental, gradúan y concretan la pena a imponer al sujeto culpable, tales presupuestos han de condicionar necesariamente la exclusión de las eximentes incompletas y de la minoría de edad del catálogo de las circunstancias en sentido estricto³²⁹. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC indica que “respecto a las eximentes incompletas, minoría de edad de dieciocho años, preterintencionalidad e incendio, cabe señalar que desde luego no son circunstancias en sentido estricto ocupando un lugar fronterizo entre un concepto amplio de circunstancias y los institutos que en modo alguno lo son. En cualquier caso, a nosotros nos basta con indicar su no inclusión entre las auténticas circunstancias que en definitiva son las que ocupan el objeto de nuestro estudio, aunque nuevamente hay que insistir en que si el Código penal las entiende así deben ser tenidas en cuenta a todos los efectos”³³⁰.

Frente a este posicionamiento, BORJA JIMÉNEZ considera igualmente circunstancias accesorias las eximentes incompletas si bien a dicha conclusión llega únicamente como consecuencia de su ubicación sistemática en el Código Penal “y por razones exclusivamente pragmáticas”, dado que reconoce que efectivamente que no se trata de elementos accesorios y bien “podrían haber sido definidas como cláusulas generales en distintos apartados de la Parte General del Código, sin que ello hubiese supuesto ninguna violación de estructura lógico-objetiva alguna”³³¹. De modo que, de hecho, está reconociendo que las eximen-

329 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 42.

330 González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis..., cit., pág. 223.

331 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 30.

tes incompletas no pueden ser consideradas en cuanto a su naturaleza como circunstancias accidentales del delito.

Este carácter accesorio se ha llegado a poner en duda con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 11/2003, en virtud de la cual se puede superar el marco penal establecido para el delito³³², o al menos se ha entendido que esta reforma supone un grave problema para el carácter accidental de las agravantes. Esto implica romper con el modelo histórico de determinación de la pena, en virtud del cual no se podía superar el marco penal máximo establecido para cada delito³³³, de modo que puede desnaturalizar las circunstancias genéricas al llegar a equipararse a subtipos agravados y puede vulnerar el

332 La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modifica el sistema existente en el CP en la aplicación de las penas para delitos dolosos en los que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e introduce en el art. 66.1.4ª la posibilidad de superar el marco punitivo genérico correspondiente al delito al establecer que “cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”.

333 Pese a ello, algún autor entiende que de hecho no se va a producir dicha superación del marco penal máximo atendiendo tanto a la rareza en la práctica de que concurren tres o más agravantes genéricas sin atenuantes como a que se trata de un incremento de la pena que queda a facultad del juzgador. En este sentido, PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO afirma que “(a) sí centrada la cuestión, la experiencia diaria enseña que los delitos en que concurren tres o más agravantes genéricas, sin atenuantes alguna, son auténticos ‘rara avis’ que el Legislador se plantea como hipótesis de trabajo pero que, ‘de facto’ no se ven en los Tribunales. Si a ello se añade el carácter meramente facultativo del ascenso de la pena se llega a la conclusión de que sobra esta regla de aplicación de penas, que más parece guiada de dar sensación de dureza represiva que de vocación de aplicación real”. Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo: “Novedades introducidas en el artículo 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003”, en AAVV: *Las recientes reformas*

principio de proporcionalidad³³⁴. No obstante, y pese a la crítica que pueda efectuarse respecto de dicha modificación por posible vulneración de los principios de proporcionalidad y de lesividad, lo cierto es que siguen siendo elementos accesorios que afectan, aunque en mayor medida, a la determinación de la pena, sin que su concurrencia o no vicien a la existencia de los elementos típicos del delito y por tanto su aplicación a un supuesto concreto.

Como indica PÉREZ ALONSO, este carácter accidental de las circunstancias agravantes y atenuantes hace referencia a dos aspectos, uno ontológico y otro funcional:

“a) La accidentalidad va referida *ontológicamente* al hecho o elemento en sí mismo considerado, resaltando aquí su esencia naturalística como accidente o particularidad de tiempo, lugar, modo, condición, sujeto, objeto, etc., que acompañan al delito y no afectan a su esencia sino a su forma de aparición.

b) Este carácter accidental de las circunstancias se refiere también *a la razón de ser o función que desempeñan*, que es accidental o accesoria, en cuanto que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el *quantum* de la segunda. También se les ha atribuido la función de ayudar a la concreción de la ley, pues, debido a su

penales: algunas cuestiones, Cuadernos Penales José María Lidón, edita la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 159.

334 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 510.

generalidad, las circunstancias sirven para determinar y ponderar cada delito en particular, facilitando, además, la tarea de concreción del juez en el momento de interpretar la norma aplicable a un hecho concreto”³³⁵.

En definitiva, el carácter accidental de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal obedece tanto a que son elementos a tener en cuenta para la determinación del marco concreto punitivo pero no para la existencia o no del delito y, al mismo tiempo, a que son elementos o hechos naturales no necesarios en la estructura del delito para entender cometido el mismo, esto es, no son elementos configuradores del tipo. Podemos así distinguir el elemento accidental del elemento esencial del delito en que mientras que el elemento accidental sirve para graduar la culpabilidad o el injusto, el elemento esencial es fundamento necesario del delito.

Si al suprimir mentalmente la circunstancia no es posible determinar la existencia de ese delito ni podemos remitirnos a un delito base, nos encontraremos ante un elemento esencial del delito, mientras que si al suprimirla mentalmente es posible todavía la estimación del tipo básico, nos encontraremos ante un elemento accidental del delito. El delito existe así, al margen de la concurrencia o no del elemento accidental, esto es, de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

335 Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes ‘indeterminadas’ en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, editorial Edersa, Madrid, 1995, pág. 36.

Tradicionalmente se ha entendido que las circunstancias pueden tener una naturaleza objetiva o subjetiva, y se ha relacionado esta con la anti-juricidad (naturaleza objetiva) y la culpabilidad (naturaleza subjetiva)³³⁶. Incluso se ha relacionado el fundamento, la naturaleza y el carácter comunicable o no de cada circunstancia. Sin embargo, se entiende que dicha interdependencia no obedece a la realidad³³⁷. En este sentido, Díez RIPOLLÉS concluye que “entre la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, su naturaleza objetiva o subjetiva y los párrafos

336 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 154.

337 Como indica PÉREZ ALONSO, “tradicionalmente, la doctrina ha establecido una relación de interdependencia entre estas tres cuestiones, de tal manera que se ha afirmado que las circunstancias que encuentran su fundamento en un incremento de la antijuricidad tienen una naturaleza jurídica objetiva y en cuanto a su comunicabilidad se rigen por la regla del párrafo segundo del artículo 60 C.P. Por el contrario, las circunstancias modificativas que encuentran su fundamento en un incremento de la culpabilidad del autor poseen naturaleza subjetiva y han de ser encuadradas –se afirman en el párrafo primero del artículo 60 C.P.

Pero en los últimos años se han levantado voces críticas en contra de esta construcción, porque no ha servido para esclarecer los problemas que se suscitan en esta materia, sino que al contrario ha servido más para aumentar la confusión. Díez RIPOLLÉS ha expuesto con toda claridad esta relación de interdependencia elaborada por gran parte de la doctrina entre el artículo 60 C.P., el fundamento y naturaleza de las circunstancias, para someterla posteriormente a crítica. Este autor concluye, por un lado, que no existe una vinculación absoluta entre el carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias y su fundamento, ya que pueden hallarse elementos objetivos en la comunicabilidad y subjetivos en la antijuricidad. Por otro lado, Díez Ripollés ha puesto de manifiesto que tampoco existe una vinculación definitiva y unívoca entre el artículo 60 C.P. y la referencia al injusto y la culpabilidad, ya que es posible que las circunstancias fundamentadoras de lo injusto puedan ir referidas a ambos párrafos del artículo 60 C.P., aunque no lo es tanto que las fundamentadoras de la culpabilidad puedan referirse al párrafo segundo del artículo 60 C.P.” Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 45.

2 ó 1 del artículo 60, no hay ninguna relación fija o unívoca. Cualquier relación que pueda darse entre algunos de los términos de las tres relaciones se ha de entender como mera coincidencia y ocasional, pues son tres parejas de conceptos que se han de analizar, y situar cada circunstancia en relación con ellos, de un modo independiente y por separado. Incluso puede ser cuestionable la utilidad de seguir manteniendo la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias³³⁸.

No obstante, y diferenciando la naturaleza jurídica de las circunstancias del fundamento y de otros elementos estructurales de las mismas, es necesario atender a si las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen una naturaleza objetiva o subjetiva, o incluso mixta, siendo además esta clasificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal una de las más admitidas en la doctrina³³⁹.

Aunque inicialmente se pretendió confirmar la existencia de una única naturaleza jurídica común a todas las circunstancias modificativas, bien fueran atenuantes o agravantes³⁴⁰, actualmente la mayoría de la

338 Díez Ripollés, José Luis: "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 30, número 3, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1977, pág. 649.

339 En este sentido, Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 45.

340 Como indica PÉREZ ALONSO, "desde nuestros comentaristas decimonónicos hasta los autores de mediados de siglo, se ha intentando otorgar una *naturaleza común* a todas las circunstancias del delito. Esta labor se ha llevado a cabo, sin embargo, con criterios y puntos referenciales muy dispares. Así, por ejemplo SILVELA atribuyó de forma global carácter objetivo a las agravantes, mientras que consideró a las atenuantes

doctrina entiende, acertadamente, que no es posible determinar una naturaleza común única, más allá del carácter accesorio o accidental, a la totalidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo atender a cada una de las circunstancias contempladas, en el caso de las agravantes, en el artículo 22 del Código Penal³⁴¹.

De este modo se diferencia entre circunstancias objetivas o subjetivas según hagan referencia “al hecho y su contenido de injusto o al sujeto a través del grado de culpabilidad”³⁴². Así, ZÁRATE CONDE y GONZÁLEZ CAMPO definen las circunstancias objetivas por su naturaleza jurídica como aquellas que “suponen un incremento de la gravedad objetiva del hecho, bien por una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien por facilitar la ejecución” y circunstancias subjetivas por su natu-

de carácter subjetivo. Por el contrario, otros autores no distinguen entre agravantes y atenuantes, sino que tratan a todas bajo el mismo prisma, afirmando que todas ellas son de naturaleza subjetiva y personal, puesto que representan una mayor perversidad y peligrosidad del autor por el hecho realizado”. Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 42.

341 En este sentido, SALINERO ALONSO indica que “objeto de análisis ha de ser la naturaleza de cada circunstancia, y en este sentido, podrá la naturaleza misma servir de pauta clasificatoria, pero no al revés. Sólo así podremos esquivar la propensión a deducir de su carácter objetivo o subjetivo su pertenencia al injusto o la culpabilidad como tradicionalmente se ha venido haciendo por la generalidad de la doctrina científica. [...] solamente podremos llegar a una solución satisfactoria analizando cada una de las circunstancias de forma independiente, indagando en su *ratio*, y poniendo de manifiesto el predominio o prevalencia de uno u otro carácter. Y todo ello, claro está, sin prejuzgar una fundamentación dogmática que la vincule apriorísticamente al injusto o a la culpabilidad, fundamentación que en algunas ocasiones no existirá”. Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 51.

342 Puente Segura, Leopoldo: *Circunstancias eximentes...*, cit., pág. 315.

raleza jurídica como las que “implican un mayor reproche del autor”³⁴³.

No obstante, al mismo tiempo se entiende que no todas las agravantes pueden encuadrarse en cuanto a su naturaleza como únicamente objetivas o subjetivas, sino que algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pueden tener una naturaleza mixta, en tanto en cuanto al mismo tiempo puede tener naturaleza subjetiva y objetiva³⁴⁴.

No obstante, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que no hay que confundir la naturaleza jurídica objetiva o subjetiva de las agravantes con los elementos objetivos y subjetivos que integran cada una de las circunstancias modificativas. Y además, y en segundo lugar, no todas las agravantes limitan su naturaleza jurídica a la mayor gravedad del hecho o la mayor reprochabilidad, es decir, no son exclusivamente objetivas o subjetivas, siendo que existen circunstancias mixtas en tanto en cuanto afectan a ambas.

Asimismo, parte de la doctrina en la actualidad limita la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a su carácter accesorio, entendiendo que no es posible determinar con carácter general la distinción entre objetivas y subjetivas por razón de

343 Zárata Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio: *Derecho Penal. Parte general*, editorial La Ley, Madrid, 2015, pág. 332.

344 Así, SALINERO ALONSO refiere que “el problema se agrava, aún más si cabe, porque todas las circunstancias poseen, al tiempo, componentes subjetivos y objetivos que hacen muy difícil su inclusión en una u otra estructura sin riesgos a equivocaciones. Es más, desde este punto de vista, habría que concluir que todas las circunstancias son mixtas, lo que nos lleva a un aparente círculo sin salida”. Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 51.

su naturaleza jurídica. Así, “existe ya un importante grupo de autores que cuestionan la validez de este criterio clasificatorio como respuesta adecuada a la cuestión de la naturaleza jurídica de las circunstancias, pues afirman que ha servido más para aumentar la confusión y oscurecer la solución al problema que para esclarecerlo”³⁴⁵.

5

—

Estructura de las circunstancias agravantes

A diferencia del fundamento y de la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en el caso de la

345 Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 43. En este sentido, MATALLÍN EVANGELIO, si bien entendiendo que el fundamento de las circunstancias no guarda relación con la teoría del delito sino con la teoría de la pena, indica que “simplificar el problema de la naturaleza jurídica de las circunstancias [...] a su mera clasificación objetiva o subjetiva, no deja de ser una impropiedad, pues nos encontramos ante dos análisis distintos e independientes entre sí: una cosa es su consideración como causas de medición de la pena, configuración jurídica que otorga sustantividad propia a atenuantes y agravantes, y otra muy distinta el examen estructural de la circunstancia. Es decir, que de un lado está la cuestión de la naturaleza jurídica y, de otro, la dimensión objetivo-subjetiva de sus elementos, sin que resulte admisible la investigación y tratamiento indiferenciado de ambas cuestiones. No pueden confundirse ambos planos, debiendo examinarse por separado”. Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebató...*, cit., pág. 287.

estructura de las mismas, y especialmente de las agravantes, la doctrina y la jurisprudencia coinciden de forma pacífica en el entendimiento de que la configuración de las circunstancias agravantes genéricas exigen la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo y un elemento subjetivo³⁴⁶. Elementos que, como ya hemos indicado en el epígrafe anterior, no hay que vincular con la naturaleza jurídica de la circunstancia. A estos dos, se añade un elemento normativo³⁴⁷ para aquellos supuestos en los que la concreta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal limite su aplicación a un tipo concreto de delitos, como es el caso de la alevosía, contemplada en el art. 22.1ª del Código Penal³⁴⁸, que se limita a los “delitos contra las personas”.

346 En relación con esta asunción generalizada en cuanto a la estructura, GONZÁLEZ CUSSAC indica que “estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en nuestra jurisprudencia y doctrina. Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos e la configuración de las distintas circunstancias”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 184.

347 A modo de ejemplo, la Sentencia número 804/2017, de 11 de diciembre, dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, indica en relación con la concurrencia de la agravante de alevosía que “Concurren así todos los elementos de la agravante de alevosía: normativo, consistente en que se proyecte en un delito contra las personas; un elemento objetivo relativo al modo de actuar del agente, que se presenta como el elemento esencial de la agravante pues el Código Penal describe la acción típica como el empleo de medios, modos o formas; y, finalmente, un elemento subjetivo, consistente en que el sujeto actúe con dolo, intención que ha de abarcar tanto la utilización de los medios, modos o formas, como la finalidad de asegurar al ejecución o impedir la defensa”. El subrayado es un añadido.

348 Art. 22 del CP: “Son circunstancias agravantes:

1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de ellos delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especial-

Si bien con relación a las atenuantes no es pacífica la necesidad de que concurren ambos elementos, siendo suficiente la concurrencia del elemento objetivo para algunos de los autores, la doble concurrencia es necesaria en el caso de las agravantes. No basta con que el sujeto realice la conducta descrita en el epígrafe correspondiente del artículo 22 o concurren las circunstancias que se establezcan en el mismo, sino que se exige que la intención del sujeto activo abarque esas circunstancias para que se le pueda reprochar y por tanto sancionar con ese incremento punitivo.

Por un lado, el elemento objetivo puede describirse, desde el punto de vista de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como el aspecto en el que tienen cabida toda suerte de datos, factores, caracterizaciones o acontecimientos referidos al objeto, es decir, de los que quedan fuera del ámbito del sujeto, al margen de la conciencia del sujeto y viene dada fuera de él, lo que no quiere decir, por tanto, que sea impersonal³⁴⁹. No vendría así relacionado el elemento objetivo, necesariamente, con el injusto, sino con lo relativo al mundo exterior al sujeto activo. Además, dentro de este elemento objetivo puede entenderse incluido un elemento teleológico, esto es, que dichos elementos externos al propio sujeto influyan en la realización delictiva concreta a la que se pretende aplicar relacionado con el fundamento o la razón de la circunstancia (por ejemplo, la agravante consistente en la comisión del delito

mente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

...”

349 González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis..., cit., págs. 505 y ss.

con nocturnidad, no solo se exige la existencia de este elemento objetivo consistente en la comisión durante la noche, sino que además esa modalidad comisiva suponga una ventaja real para el sujeto activo³⁵⁰).

Por otro lado, el elemento subjetivo o elemento “intencional” supone la concurrencia de un conjunto de datos, situaciones o procesos referidos al sujeto; esto es, su modo de pensar, sus motivaciones y procesos de su psique que quedan al margen del objeto en sí. Todo incremento de la pena requiere que pueda ser reprochado a su autor, y para ello se exige que tuviera conocimiento de dicha ventaja o situación, es decir, “se requiere que el agente la haya buscado de propósito o que, al menos, se haya aprovechado intencionadamente, a sabiendas, de ella”³⁵¹.

De este modo, y a la hora de analizar la agravante genérica de discriminación por razones de género habrá que determinar qué elementos o circunstancias externas al sujeto deben concurrir (elemento objetivo) y la motivación interna del propio sujeto en el momento de su comisión o aprovechamiento de esas circunstancias (elemento subjetivo)³⁵². La determinación única y exclusivamente de elementos motivacionales del sujeto activo podría suponer la aplicación de un Derecho penal del enemigo que, como hemos visto con anterioridad en el presente traba-

350 *Ibid.*, págs. 507 y ss.

351 *Ibid.*, págs. 509 y ss.

352 Referir que en relación con la agravante objeto de estudio no es necesario analizar el elemento normativo al que se hacía referencia con anterioridad dado que en la literalidad del precepto no se recoge ningún tipo de limitación por el tipo de delito al que resulte aplicable, siendo que se remite a “cometer el delito”, sin delimitar su aplicación a los delitos contra las personas, los delitos contra los bienes, etc.

jo, no debe ser admitido en nuestro ordenamiento jurídico por afectar a los principios democráticos básicos.

6

Aplicación: comunicabilidad, error e incompatibilidad

Considerados el fundamento y la naturaleza jurídica con carácter general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en su conjunto, y en concreto de las agravantes, esto es, la naturaleza y fundamento últimos del sistema general y no de cada una de las circunstancias (así como los elementos que deben concurrir), existen otra serie de cuestiones que afectan a la aplicación de las mismas con carácter general que deben ser objeto de estudio. Todo ello con el fin de adoptar un posicionamiento de base sobre el que después poder analizar la concreta agravante objeto del presente trabajo.

En concreto, hay que tomar en consideración, en primer lugar, la comunicabilidad de las circunstancias al resto de sujetos que intervienen en los hechos (al resto de partícipes en la comisión del delito), en segundo lugar la capacidad y efecto del error en la circunstancia concreta, con independencia del error en el delito y, en último lugar, y en aras a evitar incurrir en *bis in idem*, la incompatibilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Habida cuenta la relación de la comunicabilidad con el fundamento y naturaleza de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, empezaremos por el análisis de este extremo.

6.1

COMUNICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA ENTRE LOS SUJETOS INTERVINIENTES

Como se ha indicado previamente, al estudiar la naturaleza jurídica y el fundamento del sistema general de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, “en torno a la teoría general de las circunstancias giraban tres cuestiones que, si bien tenían ámbitos de operatividad propios, erróneamente habían sido objeto de un tratamiento unitario por parte de la generalidad de la doctrina clásica”³⁵³.

En definitiva, se había llegado a determinar por gran parte de la doctrina la relación directa existente entre naturaleza jurídica basada en la antijuridicidad, fundamento objetivo y comunicabilidad en los términos contenidos en el segundo epígrafe del artículo 65 del Código Penal³⁵⁴; y, por el contrario, naturaleza jurídica basada en la culpabilidad, fundamento subjetivo y comunicabilidad en los términos contenidos en

353 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 86.

354 “Las [circunstancias agravantes o atenuantes] que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

el primer epígrafe del artículo 65 del Código Penal³⁵⁵. Sin embargo, de la caracterización de una circunstancia como objetiva o subjetiva en cuanto a su fundamento, no es posible extraer consecuencias en cuanto a la comunicabilidad o no de dicha circunstancia³⁵⁶.

Inicialmente, el Código Penal de 1995, a la hora de determinar cómo podía resultar comunicable una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal al resto de partícipes, distinguía en su artículo 65³⁵⁷ entre aquellas que “consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal” y las que “consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla”. Entendiéndose por disposición moral “la postura o actitud del sujeto en relación a los valores éticos”³⁵⁸. En definitiva, se distinguía entre las circunstancias personales (de ahí su tradi-

355 “Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren”.

356 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 63.

357 Artículo 65 del Código Penal previo a la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

358 Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, cit., pág. 216.

cional relación con la naturaleza subjetiva) y las circunstancias relativas a la ejecución del hecho o a los medios empleados para su ejecución.

Con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modificó el primero de los epígrafes del referido art. 65, de modo que se simplificó y se eliminó la referencia a la disposición moral o las relaciones particulares entre los sujetos y refiriéndose únicamente lo que hasta dicho momento suponía una cláusula de cierre o cajón de sastre, esto es, a “cualquier causa de naturaleza personal”³⁵⁹.

Ello no obsta a que una misma agravante pueda ser considerada como de naturaleza personal y, al mismo tiempo, como de aquellas que afectan a la ejecución material del hecho, debiendo atender a las circunstancias concretas de los hechos objeto de enjuiciamiento para su valoración. De hecho, la jurisprudencia ha llegado a determinar que una misma agravante como el uso de disfraz³⁶⁰ puede consistir en una causa de

359 Además de la modificación del primer epígrafe del art. 65 CP, la LO 15/2003 introduce un tercer epígrafe en el que se indica que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”. No obstante, este tercer párrafo no se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino a otros requisitos típicos (González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 518).

360 Art. 22.2º CP: “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

naturaleza personal o afectar a la ejecución material del hecho, según las circunstancias concretas del delito. De este modo ha indicado que:

“la aplicación del primero o del segundo párrafo del art. 65 CP dependerá de las circunstancias concretas del delito. Si el disfraz es un elemento necesario, por ej., para un engaño requerido por la comisión del delito (casos de estafa, de allanamiento de morada, descubrimientos de secretos, etc.), se referirá a la ‘ejecución material del hecho a los medios empleados’ para dicha ejecución y, por lo tanto, será comunicable a todos los partícipes que tuvieren conocimiento del disfraz. Por el contrario, cuando el enmascaramiento tenga una función de aprovechamiento individual, como ocurre, por regla general, en los casos de ocultamiento de la identidad en delitos violentos, especialmente en el robo, la agravación estará regida por el párrafo 1º del art. 65 CP, pues se tratará de una ‘causa personal’ de agravación. Dicho de otra manera: el disfraz agravará el hecho para todos los partícipes que lo hayan conocido cuando es un medio para la ejecución del delito planteado; por el contrario tendrá efectos sólo individuales cuando sirva a fines personales de algún partícipe y no constituya una aportación para la ejecución del delito”³⁶¹.

De este modo, debemos considerar causa de naturaleza personal, y por tanto de aplicación el primer epígrafe del artículo 65, cualquier aspec-

361 Stc. de la Audiencia Provincial de Granada, número 638/2010, de 8 de noviembre. [ED] 2010/376885]

to o cualidad individual o personal del sujeto activo (bien sea por sus criterios morales, éticos, personales o cualquier otra cualidad, circunstancia, etc., o bien por su relación con el sujeto pasivo del delito). En este caso, la circunstancia agravante afectará únicamente a los sujetos en los que concurra la misma, no modificando la responsabilidad criminal del resto de intervinientes (autores, cooperadores necesarios o cómplices) que, aún conociendo esta concurrencia en otro u otros sujetos, no disponen de dicha cualidad o aspecto determinado.

Por el contrario, el segundo epígrafe del art. 65, que se refiere a la ejecución material del hecho o los medios empleados, se remite a todas aquellas circunstancias que agravan la responsabilidad penal con base en la modalidad ejecutiva; esto es, a la forma en la que se realiza, ejecuta o lleva a cabo el hecho típico constitutivo de la acción principal en la que se participa. En este caso, únicamente es comunicable a quienes han tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, aunque no hayan realizado dichas actuaciones, debiendo ser dicho conocimiento “actual, no potencial, de los presupuestos y contenidos de la circunstancia correspondiente”³⁶².

Además, el conocimiento del hecho en virtud del cual resulta de aplicación la agravante, no tiene por qué concurrir en el momento del concierto previo del acto delictivo, sino que basta con que concurra en el momento de su ejecución y el sujeto que no hace uso de dicho medio comisivo, no llevara a cabo la correspondiente repulsa. Así, la Sentencia número 19/2014, de 22 de octubre, dictada por la Sección

362 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 217.

Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara indica que:

“En lo que se refiere al uso de armas y la comunicabilidad de su uso a todos los partícipes se produce siempre que se tuviese conocimiento de la realidad de su uso por otro de los intervinientes y se aceptase, o incluso, en un momento concomitante, el partícipe no tenedor no demostrase su repulsa a tal uso; o bien en los supuestos en que dichos conocimiento y aceptación se funden en la existencia de un concierto delictivo previo o en la doctrina del dominio funcional”.

Conocimiento del medio comisivo que basta con que sea previsible, por cuanto que puede ser encuadrable dentro del propio dolo eventual la producción del acto mencionado, y ello, atendiendo a que puede ser objeto de una desviación previsible durante la comisión del hecho.

En definitiva, y como ha indicado el Tribunal Supremo en multitud de ocasiones, la comunicabilidad al resto de sujetos intervinientes concurre, cuando hacemos referencia a los medios comisivos o la forma en la que se ejecutan los hechos, no solo porque haya existido un concierto previo, sino por cómo los sujetos intervinientes en los hechos actúan y se pone de manifiesto un condominio del hecho agravatorio en el momento de la comisión delictiva, siendo que aunque no haya sido pactada previamente, continúan con dicha ejecución beneficiándose del medio comisivo³⁶³.

363 Por todas, Stc. TS, Sala 2ª, número 1458/2000, de 18 de septiembre. ECLI ES:TS:2000:6505.

El hecho, por tanto, de que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal pueda ser comunicable al resto de partícipes del delito exige el estudio pormenorizado de cada una de las agravantes. Como indica SALINERO ALONSO, “la única vía para poder establecer cuando (*sic*) nos encontramos ante una circunstancias (*sic*) del párrafo primero o del segundo del artículo 65 es acudir a su *ratio* o *telos*, es decir, como señala ALONSO ÁLAMO, ‘se ha de buscar el sentido teleológico de la circunstancia’, analizando su esencia y su *consistencia*. Solo el estudio pormenorizado de cada una de ellas y el propio contenido del precepto, sus cláusulas de pertenencia –las circunstancias que *consistan* en...– podrán darnos la pauta de su adscripción a uno u otro párrafo. En esta labor no nos va a ayudar, más bien todo lo contrario, la estimación de que sea subjetiva u objetiva, ni su vinculación al injusto o a la culpabilidad, tal y como propone BOLDOVA PASAMAR, sino el reconocimiento de la primacía o preponderancia de uno u otro momento –personal o ejecutivo–”³⁶⁴.

Por último, y en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, hay que tener en cuenta que el art. 31.ter.2 del Código Penal excluye la aplicación de las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal de las personas físicas que hayan cometido los hechos o los hubiesen hecho posibles por falta de ejercicio del debido control. En definitiva, para aplicar una circunstancia agravante a la persona jurídica debe concurrir en la propia entidad, con independencia de que concurra o no en la persona física. Todo ello, además, con las especificidades contenidas en el artículo 66.*bis* del texto punitivo.

364 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 97.

6.2

EL ERROR SOBRE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

La Ley Orgánica 8/1983, de 5 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, introdujo de manera expresa los efectos del error sobre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal³⁶⁵. Así, el artículo 6º bis a) establecía que el error invencible sobre la circunstancia agravante era motivo de exclusión de la agravación, planteándose dudas razonables sobre si el error vencible sobre el elemento agravatorio producía algún efecto³⁶⁶.

De este modo, y en cuanto al error invencible, en caso de concurrir sobre la circunstancia agravante, se excluía su aplicación, quedando así intacto el delito básico en su modo doloso. Las dudas se generaban en cuanto al error vencible. No obstante, la doctrina de manera mayoritaria entendía, que no cabía la aplicación de lo dispuesto en el art. 6º bis del Código Penal a las circunstancias agravantes de la responsabilidad cri-

365 La carencia de una regulación específica sobre el error en las circunstancias agravantes era solucionada por aplicación *in boman partem* (González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 190).

366 Art. 6.º.bis,a) del CP de 1973 introducido mediante LO 8/1983: "El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66".

minal, cuando concurría el error vencible sobre la circunstancia, y ello por cuanto que el efecto legalmente contemplado cuando afectaba a elementos esenciales del delito era el castigo de la acción como culposa, y no dolosa, siendo que el carácter accesorio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no permiten una calificación de estas características sobre el delito³⁶⁷. Como refiere GONZÁLEZ CUSSAC, “sería absurdo castigar a título de culpa un delito cometido dolosamente por la simple razón de que existiera error vencible sobre una circunstancia genérica de agravación de la pena. En tales supuestos, concurriendo dolo respecto de los elementos esenciales, parece claro que el error vencible acerca de una circunstancia de agravación no puede determinar la aplicación, como culposo, de un tipo cometido dolosamente, por tanto, habrá que limitar los efectos del error a la agravación correspondiente”³⁶⁸.

No obstante, el Código Penal vigente viene a solventar defectos legislativos de la anterior redacción, previendo en un párrafo independiente el tratamiento del error sobre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. De este modo, en el art. 14.2 del Código

367 En contra de la aceptación generalizada de no aplicabilidad de la agravante y mantenimiento del tipo doloso básico, PÉREZ ALONSO entendía que “si el error es vencible, el delito básico doloso entra en concurso ideal con el delito agravado imprudente por la concurrencia de una circunstancia genérica, cuyo marco penal especialmente agravado viene determinado por el artículo 61.2 C.P. o con el tipo cualificado imprudente, si es que en ambos casos existe dicho tipo imprudente. En caso contrario, si el delito agravado no admite la forma imprudente, se responderá por el delito doloso, pudiendo aplicar la pena en grado medio, en función del artículo 61.4 C.P., para valorar el mayor desvalor del resultado producido por la acción descuidada” (Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 166).

368 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 192.

se establece que “el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”. Error tanto sobre las circunstancias específicas como sobre las circunstancias generales reconocidas en el artículo 22 CP.

Los efectos del error sobre la circunstancia agravante son así iguales ante la concurrencia de un error vencible o de un error invencible, esto es, la inaplicación de la circunstancia agravante manteniendo el tipo básico, de modo que “el legislador dota de un mismo tratamiento al error vencible e invencible sobre elementos agravantes”³⁶⁹.

Error sobre la circunstancia agravante que “no podrá, empero, tenerse en cuenta cuando quien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de su elementalidad de comprensión”³⁷⁰.

6.3

INCOMPATIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Como vamos a tener ocasión de desarrollar a continuación, la incompatibilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad

369 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 114.

370 Stc. TS, Sala 2ª, núm. 1288/2000, de 18 de julio. EDJ 2000/24411.

criminal hace referencia a dos limitaciones derivadas de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, esto es, la imposibilidad de aplicar una circunstancia agravante cuando el hecho objeto de agravación se encuentre ya tipificado en la propia conducta básica (inherencia), y la imposibilidad de aplicar al mismo tiempo dos circunstancias agravantes que estén agravando el mismo hecho.

6.3.1 Incompatibilidad y *non bis in idem*

El principio *non bis in idem* o la prohibición de incurrir en *bis in idem* carece de una previsión expresa en nuestro texto constitucional (aunque llega a considerarse por parte de la doctrina como un derecho fundamental dado que el Tribunal Constitucional ha admitido recursos de amparo por la posible vulneración de dicho principio³⁷¹), si bien se reconoce de forma tácita así como en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 y 10.2 CE, al haber ratificado España convenios internacionales que de forma expresa contemplan esta prohibición³⁷².

371 Górriz Royo, Elena: "Sentido y alcance del 'Ne bis in idem', respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)", en *REPC*, tomo XXIV 2002-2003, Madrid, 2004.

No obstante, dicha conclusión debe matizarse, dado que si bien es cierto que el TC ha estudiado el principio de prohibición de incurrir en *bis in idem* por medio del recurso de amparo, a este medio de revisión se ha llegado alejando la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, respecto al aspecto material de tal principio, o la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, respecto a la vertiente procesal del mismo, y no alegando de forma directa la vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

372 Así, art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts.

Este principio ha sido objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, habiendo tenido una respuesta temprana por nuestro Tribunal Constitucional, que se pronunció al respecto ya en su segunda sentencia³⁷³, en cuyo fundamento jurídico cuarto se efectúa una declaración inicial sobre el mismo y se desarrolla un primer estudio amplio de dicho principio, estableciendo los presupuestos necesarios exigibles para concluir que se incurre en tal prohibición.

Este principio, en el sentido en el que hoy en día se admite, surge en nuestro ordenamiento jurídico penal con ocasión de la aprobación de la Constitución Española, siendo que previamente regía el llamado “principio de independencia de la potestad administrativa”, en virtud del cual se admitía la posible concurrencia de la doble sanción penal y administrativa, legitimando situaciones en las que de forma cierta se estaba vulnerando esta prohibición.

La falta de expresa previsión de este principio en nuestro texto constitucional no ha evitado su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional por remisión a otros derechos fundamentales, habiendo por tanto admitido el recurso de amparo mediante una doble faceta o fundamentación, esto es, la prohibición de incurrir en *bis in idem* material, y de otro, el *non bis in idem* procesal (conceptuado por el Tribunal Constitucional como “vertiente procesal del principio *non*

54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1999; art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2.000 (vinculante por remisión en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea); etc.
373 Stc. del TC (Sala 1ª) núm. 2/1981, de 24 de febrero (RTC 1981, 2).

*bis in idem*³⁷⁴). En este sentido, BOIX REIG destaca “cómo el asentamiento definitivo del meritado principio [*non bis in idem*] en nuestro Ordenamiento jurídico discurre mediante un proceso progresivo de constitucionalización del mismo y un reconocimiento ciertamente depurado de dicho principio a nivel legislativo. [...] De este proceso, que podríamos calificar de ‘plena instauración’ de principio *non bis in idem* en nuestro Ordenamiento jurídico cabe concluir que las consecuencias de la vigencia del meritado principio afectan en su totalidad a todos los sectores jurídicos. Consecuencias materiales, no duplicidad de sanciones, y consecuencias procesales, es decir tanto la prioridad jurisdiccional que comporta la preferencia en el enjuiciamiento por parte de los Tribunales y la plena eficacia en la Administración de los hechos declarados probados por éstos, como la no duplicidad de procedimiento que puedan generar contradicción respecto los hechos probados”³⁷⁵.

Non bis in idem material entendido como la “interdicción de una duplicidad de sanciones”³⁷⁶, concibiendo el concepto de sanción a estos efectos, tal y como nos indican BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE³⁷⁷, no solo como pena sino también como circunstancia agravante, ello siempre que se verifique la triple identidad de sujetos,

374 Stc. del TC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2).

375 Boix Reig, Javier: “De nuevo sobre el principio de legalidad” en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 15, editada por la Universidad de las Islas Baleares, 1986, pág. 25.

376 Maqueda Abreu, M^a Luisa en AAVV, Zugaldía Espinar, José Miguel (dir): *Derecho Penal, parte general*, 2^a edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 291.

377 Bustos Ramírez, Juan José y Hormazábal Malarée, Hernán: *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 1^a edición, editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 35.

hechos y fundamento. Su vinculación a otros principios o derechos fundamentales se ha llevado a cabo tradicionalmente con los principios de proporcionalidad³⁷⁸, culpabilidad³⁷⁹ y legalidad y tipicidad³⁸⁰. En relación con el principio de culpabilidad, teniendo en cuenta que al mismo, tal y como lo indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, se remite en el sentido de que no cabe sanción que exceda del límite proporcional a la culpabilidad, parece más acertado referirse de forma directa al principio de proporcionalidad como fundamento de la faceta material de la prohibición de incurrir en *bis in idem*³⁸¹. Asimismo, la relación con el principio de legalidad y tipicidad parece más bien, como apunta en relación con otros autores GÓRRIZ ROYO³⁸², una vinculación artificiosa, motivo por el que el propio Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación de tal relación hasta el punto de establecer

378 Pérez Manzano, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en 'bis in idem'*, 1ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Colección los delitos, núm. 44, Valencia, 2002, pág. 26.

379 López Barja de Quiroga, Jacobo: *El principio: non bis in idem*, 1ª edición, editorial Dykinson, *Cuadernos 'Luis Jiménez de Asúa'*, Madrid, 2004, pág. 20.

380 Stc. del TC (Pleno) núm. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2).

381 A ello añadir que la relación efectuada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA entre el principio de culpabilidad y la proporción de la pena no es admitida en sentido amplio por la doctrina, y así MIR PUIG (en Mir Puig, Santiago: *Estado, pena y delito*, 1ª edición, colección Maestros del Derecho Penal, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pág. 207) entiende que no cabe efectuar tal confusión entre ambos principios, teniendo en cuenta que “la culpabilidad no indica la cuantía de la gravedad del mal que debe servir de base para la graduación de la pena. Dicha cuantía viene determinada por la gravedad del hecho antijurídico del cual se culpa al sujeto. La concepción contraria sólo puede ser admitida por quien acepte que la pena no se impone para prevenir hechos lesivos, sino como retribución de la actitud interna que el hecho refleja en el sujeto”.

382 Górriz Royo, Elena: “Sentido y alcance del ‘Ne bis in idem’...”, *cit.*, pág. 200.

en estos momentos una doble vinculación, no solo a este principio, sino también al principio de proporcionalidad³⁸³. Por lo tanto, lo más acertado es vincular el principio de prohibición de incurrir en *bis in idem* en su aspecto material a este último principio, por cuanto que si en una primera sentencia se establece por el tribunal correspondiente una condena, partiendo de la proporcionalidad que se debe presumir de la misma, establecer una segunda sanción por unos hechos en los que concurra la triple identidad, supondría superar en exceso el límite de la pena correspondiente a los hechos objeto de enjuiciamiento, por lo que se produciría un incremento punitivo que conculcaría el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, el principio de *non bis in idem* procesal, entendiendo esta faceta como el derecho a no ser sometido a un doble procesamiento o enjuiciamiento³⁸⁴, siempre que se haya dictado una primera resolución

383 En este sentido, la Stc. del TC (Sala 2ª) núm. 154/1990, de 15 de octubre, en su FJ 3º indica que “se impide sancionar doblemente por un mismo delito desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y de la infracción”.

384 MAQUEDA ABREU (en AAVV, Zugaldía Espinar, José Miguel (dir): *Derecho Penal, parte general...*, cit., pág. 291) añade que, en todo caso, hay que tener en cuenta la regla de subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la actuación del orden jurisdiccional, si bien, y al no ser objeto de estudio del presente trabajo la concurrencia de la sanción penal y la sanción administrativa, dicha subordinación no va a ser objeto de estudio en el presente momento. Asimismo, GÓRRIZ ROYO (en Górriz Royo, Elena: “Sentido y alcance del ‘Ne bis in idem’...”, cit., pág. 265) plantea que para el caso de que lo que exista es un doble procedimiento, por un lado el incoado por la jurisdicción penal y por otro el iniciado por los órganos administrativos sancionadores, habrá que estar a las desiguales garantías o principios que limitan e inspiran cada uno de esos

que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión objeto de enjuiciamiento. De este modo, “la primera resolución judicial produce un efecto de cierre o de bloqueo absoluto frente a cualquier nueva pretensión punitiva del Estado, de manera que la reapertura misma del proceso implicaría la materialización de la lesión del derecho”³⁸⁵. Esta faceta de la prohibición de incurrir en *bis in idem* se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva³⁸⁶ y el principio de seguridad jurídica³⁸⁷, y ello por cuanto que de no admitirse esta limitación, se produciría una amenaza permanente al sujeto activo de ser sometido a nuevos procedimientos por los mismos hechos, circunstancia esta que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho. La aceptación de esta vertiente del principio o prohibición, permite impedir la incoación de un nuevo procedimiento cuando ya hubo otro con anterioridad que se resolvió judicialmente mediante auto o sentencia que se pronunciase sobre el fondo³⁸⁸, todo ello salvaguardando la expresa reserva del derecho del propio reo a la revisión de la sentencia en su favor.

Para poder entender que nos encontramos ante la prohibición de incurrir en *bis in idem*, tal y como ya indicó la sentencia del Tribunal

procesos, sin embargo, dicho estudio, igual que el anterior, supera lo que en este trabajo es objeto de análisis, pues no intervienen los órganos administradores sancionadores.

385 Pérez Manzano, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem...*, cit., pág. 80.

386 *Ibid.*, pág. 32.

387 López Barja de Quiroga, Jacobo: El principio: *non bis in idem...*, cit., pág. 20.

388 No por tanto un auto de archivo provisional, como por ejemplo ante la falta de denuncia en el caso de una infracción perseguible a instancia de parte o ante la falta de autor conocido.

Constitucional 2/1981, mencionada con anterioridad, y tal y como se ha mantenido hasta la actualidad por parte de dicho órgano judicial y por el resto de la doctrina, debe darse una triple identidad de hechos, fundamento y sujeto, lo que tradicionalmente se ha conocido como *eadem persona, eadem res y eadem causa petendi*.

Respecto a la identidad de hechos, no se entiende como tal la identidad en el hecho natural objeto de enjuiciamiento, no el suceso material, sino que para entender que existe identidad de hechos, debemos remitirnos al elemento de la norma penal en virtud del cual se impone una sanción, al supuesto de hecho del tipo delictivo concreto. Por lo tanto, 'hecho' no se entiende en el concepto natural del mismo, sino como supuesto fáctico de las normas aplicadas³⁸⁹. Existirá identidad de hechos, por lo tanto, cuando haya identidad absoluta entre los supuestos de hecho de los tipos penales aplicados (o agravantes), y no una mera similitud, homogeneidad o identidad parcial. En definitiva, y como veremos, identidad en los supuestos de hecho de los tipos delictivos y las agravantes o identidad en los supuestos de hecho de distintas agravantes.

Por lo que afecta a la identidad de fundamento, el mismo se remite al fundamento de las normas penales que se han aplicado, esto es, al concreto interés jurídico en la norma sancionadora aplicada, no por tanto al bien jurídico protegido o a un interés abstracto de la norma³⁹⁰.

389 En este sentido Pérez Manzano, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem...*, cit., pág. 101, y Maqueda Abreu, M^a Luisa en AAVV, Zugaldía Espinar, José Miguel (dir): *Derecho Penal, parte general...*, cit., pág. 293.

390 En este sentido, Nieto García, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1994, pág. 406.

Y, en tercer lugar, hay que aludir a la identidad de sujeto. En este aspecto, debemos diferenciar entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, debiendo darse la identidad de ambos. En cuanto al sujeto pasivo hay que interpretar dicho concepto en sentido amplio, extenso, pues hay situaciones en las que carece de sentido referirse a este, cuando lo bien cierto es que debemos referirnos a las personas perjudicadas de manera directa por el hecho delictivo³⁹¹.

6.3.2 Incompatibilidad específica de las circunstancias agravantes

En el caso de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y más concretamente en el supuesto de las agravantes, la prohibición de incurrir en *bis in idem* supone un doble efecto.

Por un lado, y como indica de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “queda lesionado el referido principio ‘non bis in idem’ cuando un mismo dato, hecho o circunstancia se tiene en cuenta para agravar dos veces en una misma infracción penal, pero no cuando se trata de infracciones diferentes, cada una de las cuales tiene su propia pena con sus propias atenuantes o agravantes genéricas o específicas (tipos cualificados)”³⁹². Esto es, un mismo hecho no puede ser considerado para poder aplicar dos circunstancias diferentes, entendiendo hecho, como se ha indicado en el epígrafe anterior, de manera

391 Pérez Manzano, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem...*, cit., pág. 124.

392 Stc. del TS (Sala 2ª), núm. 15/2006, de 13 de enero. CJ 10903/2006.

amplia, es decir, como lo que es objeto de valoración comprendiendo no solo hechos en sentido estricto, sino también aquellos móviles, efectos, características, situaciones, datos, etc., de orden psicológico y subjetivo que puedan constituir la razón de ser de una agravante. En definitiva, “un ‘objeto de valoración’ solamente puede ser valorado una vez, y por tanto, únicamente podrá fundamentar una circunstancia. Se consagra nuevamente el principio de ‘ne bis in idem’, en el sentido que una misma realidad no puede ser tenida en cuenta, esto es valorada, más que una vez”³⁹³.

Para ello será necesario realizar un estudio detenido de las concretas circunstancias. De este modo, y a fin de determinar si dos agravantes son o no compatibles entre sí, “será necesario, en primer lugar, atender a la determinación del fundamento y naturaleza de cada agravante y atenuante sobre las que se presenta la cuestión de la compatibilidad, y cuando coincidan en gran medida, rechazar, por subsidiariedad tácita, aquella que refleje de forma parcial el hecho circunstanciado, frente a aquella otra que lo contemple íntegramente. [...] Y, en segundo lugar, también habrá que exigir, para evitar la violación del *non bis in idem*, que la concurrencia de dos o más circunstancias no deriven de un sólo hecho”³⁹⁴.

Pero la limitación de incurrir en *bis in idem* también supone la inaplicabilidad de la circunstancia agravante cuando resulte inherente, expresa o tácitamente, al propio tipo delictivo base, tal y como se deriva de

393 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 221.

394 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, cit., pág. 76.

lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal³⁹⁵. Es decir, como nos indica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no pueden apreciarse si éstas ya han sido tenidas en cuenta al describir la conducta típica; ni tampoco cuando resulten inherentes al delito, de manera que, sin su concurrencia, no podría cometerse el mismo (art. 67 CP). Dicho de otro modo, las circunstancias que cualifican el tipo o que son inseparables al hecho (las denominadas circunstancias específicas) son incompatibles con las circunstancias de los arts. 21, 22 y 23 CP, porque, de lo contrario, se vulneraría el principio ‘ne bis in idem’, valorándose en dos ocasiones la misma circunstancia”³⁹⁶.

Esta inherencia puede ser expresa, esto es, que ya se contenga en la descripción del tipo, o bien tácita, es decir, que sin describirse en el mismo, resulte inseparable del hecho³⁹⁷, “supuestos en que una determinada figura delictiva, a pesar de que expresamente no lo mencione,

395 Indica este precepto que las reglas para la determinación de la pena concretadas en el art. 66, “no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

396 Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, cit., pág. 215.

397 Como refiere GONZÁLEZ CUSSAC, “casos en los que las circunstancias agravantes sean de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia no hubieran podido cometerse. Esta regla está también basada en el principio de ‘en bis in idem’, y comporta propiamente una ‘inherencia tácita o propiamente dicha’, cuando una determinada figura, a pesar de que expresamente no requiera la presencia de ninguna agravante genérica, no puede ser realizada sin su concurso. Sucede así, en la astucia (10,7) en el delito de estafa; la publicidad (10,4) en la calumnia; el carácter público (10,10) en los delitos de los funcionarios públicos (Títulos VII, Libro II), y, en general, cualquiera que sea necesario para cometer el delito”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 213.

no puede ser realizada sin el concurso de una circunstancia. [...] como el abuso de confianza en los delitos de deslealtad profesional o en los delitos de agresiones sexuales incestuosas”³⁹⁸. A modo de ejemplo, no podría aplicarse la agravante de abuso de confianza (art. 22.6ª CP) en un supuesto de revelación de secretos (art. 199.2 CP) por parte de un letrado o letrada con respecto a la información que le ha sido facilitada, en el marco de la relación profesional, por su cliente, dado que esta relación abogado-cliente se fundamenta en la confianza³⁹⁹.

En este sentido, BORJA JIMÉNEZ indica respecto al principio de inherencia que “si una circunstancia modificativa atenúa o agrava la sanción es porque añade, de forma accesoria y accidental, al enjuiciamiento valorativo del hecho un mayor aprecio o desprecio. Pero si esta condición valorativa o desvalorativa (la circunstancia modificativa, sea atenuante o agravante) se encontraba en el mismo presupuesto de hecho (el delito objeto de determinación penal), no tendrá ninguna relevancia para restringir o aumentar, con la atenuación o la agravación, el castigo. Este silogismo lógico fundamenta, a su vez, el principio del *non*

398 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 517.

399 En este sentido, el art. 4 del Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía, determina que: “Confianza e integridad. 1.- La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente. 2.- El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél. 3.- En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo”.

bis in idem en materia de dosimetría punitiva⁴⁰⁰.

En el caso de la agravante de discriminación por razones de género, la prohibición de incurrir en *bis in idem* afecta en ambos sentidos, dado que habrá que valorar si se incurriría en dicha prohibición en caso de aplicar la agravante, por ejemplo, en el delito de discurso de odio (art. 510 del CP⁴⁰¹) o los

400 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, cit., pág. 59.

401 Artículo 510:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

delitos relacionados con la violencia de género; e igualmente si se incurriría en dicha prohibición en el caso de aplicar la referida circunstancia agravante y al mismo tiempo la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP).

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

CAPÍTULO III

**La agravante genérica
de discriminación
por razones de género:
fundamento, naturaleza
jurídica y elementos**

La agravante genérica de discriminación por razones de género: fundamento, naturaleza jurídica y elementos

1

—

Introducción

Realizada una aproximación a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y en especial a las agravantes, corresponde acometer el estudio de la concreta circunstancia objeto del presente trabajo.

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar en el capítulo precedente, no es posible determinar un fundamento y una naturaleza jurídica únicos para todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Así como tampoco para todas las agravantes reconocidas en el artículo 22 del Código Penal. Ello supone necesariamente que debemos estudiar de manera independiente

y particular “la *ratio* de cada una de ellas ya que el análisis de sus elementos, de sus antecedentes y del momento social y jurídico en que se desenvuelve –el ejemplo más claro lo tenemos en la evolución sufrida por la agravación de nocturnidad– no sólo extraeremos datos para determinar su naturaleza o relación con el artículo 65, sino también para poder determinar su fundamentación dogmática o político criminal”⁴⁰².

En este capítulo determinaremos, en primer lugar, el fundamento de la concreta circunstancia regulada en el art. 22.4ª del Código por razones de género; esto es, “la razón en virtud de la cual el legislador ha considerado que cierto factor o situación merece un [...] incremento de la pena”⁴⁰³. En concreto, si la misma, con base en la teoría de las circunstancias asumida *supra*⁴⁰⁴, tiene su fundamento o razón de ser en el injusto o en la culpabilidad, dado que “si se entiende que la motivación del autor debe tener incidencia en la individualización judicial de la pena, su inclusión en la categoría de injusto o de culpabilidad adquiere importancia a los efectos de caracterizar la operatividad de esta última, pues sólo en la medida de que dichos elementos subjetivos sean cobijados en el injusto es posible la función de garantía de la culpabilidad como filtro o cedazo (según la estructura-imagen de Horn) del desvalor del primero”⁴⁰⁵.

402 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 73.

403 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, *cit.*, pág. 16.

404 *Vid.*; el epígrafe tercero del capítulo precedente.

405 Besio Hernández, Martín: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 354.

En segundo lugar, se procederá al estudio de la naturaleza jurídica de la agravante genérica de discriminación por razones de género, a fin de concretar si la misma es de naturaleza subjetiva u objetiva, asumiendo, en cualquier caso, su carácter accidental del delito. Y en último lugar se procederá a determinar los elementos estructurales de la agravante, y que pacíficamente según la doctrina se concretan en el elemento objetivo y el elemento subjetivo⁴⁰⁶.

2

—

En torno al fundamento de la agravante

La vinculación de la teoría de las agravantes con la teoría del delito y no con la teoría de la pena, tal y como hemos concluido en el capítulo precedente, supone asumir que cada una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal afecta al injusto o a la culpabilidad, entendiendo que ambos son modulables⁴⁰⁷. De este modo pode-

406 Tal y como indica GONZÁLEZ CUSSAC, “estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en nuestra jurisprudencia y doctrina. Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos e la configuración de las distintas circunstancias”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 184.

407 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS indica que “(t)anto el injusto como la culpabilidad son magnitudes graduables que, en atención al principio de proporcionali-

mos hablar de una mayor o menor gravedad del injusto y una mayor o menor culpabilidad del sujeto activo.

Partiendo de la concepción mayoritaria en la doctrina de la teoría del delito, y de la concepción tripartita del mismo mediante tres categorías autónomas y progresivas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se estudiará primero la posible afección de la circunstancia al incremento del injusto para proceder después a su posible relación con la culpabilidad.

2.1

EL INCREMENTO DEL INJUSTO COMO FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

Con carácter previo a valorar los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que fundamentan la agravante genérica de discriminación por razones de género en el incremento del injusto, esto es, en la antijuridicidad material y la afección al bien jurídico protegido, resulta necesaria una aproximación a la teoría del injusto.

dad, deben tener su correspondencia en la pena a aplicar en el caso concreto. Por ello, estas circunstancias producen sus efectos en la determinación de la pena, generalmente, graduando el injusto y la culpabilidad". Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...cit.* pág. 215.

2.1.1 Aproximación a la teoría del injusto

Teniendo en cuenta las diferentes teorías concurrentes en torno al injusto o a lo injusto que existen en la doctrina penal, metodológicamente resulta necesario determinar en el presente epígrafe el concepto de injusto que se ha adoptado en este trabajo.

La antijuridicidad, desde una concepción clásica y tripartita de la teoría del delito, supone una segunda valoración del hecho que podemos definir “integradamente en su aspecto formal y material como la contravención al ordenamiento jurídico en razón de la afección concreta a un bien jurídico determinado”⁴⁰⁸. En definitiva, y como indica POLAINO NAVARRETE, “la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico modula la gravedad del injusto”⁴⁰⁹.

De este modo, el delito no solo exige la contravención de la norma, sino

408 Bustos Ramírez, Juan José y Hormazábal Malarée, Hernán: *Nuevo sistema de Derecho Penal...*, cit, pág. 75.

409 Polaino Navarrete, Manuel: “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, ..., cit., pág. 37.

De igual modo, QUINTERO OLIVARES indica que “En sentido ‘material’, se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que impone el principio de legalidad), lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho quería proteger. De este modo, el concepto de *antijuridicidad material* se vincula directamente con la función y fin de la norma y no sólo con su pura realidad positiva. La norma persigue un fin social y político criminal: la protección de bienes jurídicos. Gracias a la idea de antijuridicidad material, el delito deja de ser un mero ‘malumquia prohibitum’ y adquiere carácter de comportamiento intolerable para la convivencia”. Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit, pág. 217.

que supone necesariamente la afección al bien jurídico protegido, de modo que “sólo son relevantes las acciones que *ofenden* a un bien jurídico”⁴¹⁰. Siendo además que no todo hecho que afecte a dicho interés debe provocar la intervención del Derecho Penal, en virtud del principio de fragmentariedad o *última ratio*.⁴¹¹ Como indica Mir Puig, “la gravedad del injusto penal procede del daño (en sentido amplio) que supone para un bien jurídico-penal, y en eso coincide con el daño que implica la pena para quien ha de sufrirla: también afecta a bienes jurídicos de éste”⁴¹².

Bien jurídico protegido que, desde una concepción constitucionalista del mismo, supone un límite al legislador y no debe consistir en un concepto abstracto o *iusnaturalista*, sino que, tal y como concluye

410 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 257.

411 Planteamiento que se encuentra enfrentado con las teorías del Derecho Penal como prevención del quebrantamiento de la norma y protección de su vigencia que defiende, entre otros, JAKOBS, y a lo que se ha hecho referencia al tratar el concepto de Derecho Penal del enemigo. Igualmente, y como indica QUINTERO OLIVARES, “la *antijuridicidad material* puede entenderse de otras maneras. Aquí la hemos referido a los bienes jurídicos, porque concedemos a este concepto un valor nuclear en la misión del Derecho penal. Pero, la antijuridicidad material puede también ser vinculada a otros criterios si se profesa una creencia distinta sobre lo que es el Derecho Penal y qué lo legitima. De esta manera puede hablarse de un ‘sentimiento del pueblo’, ‘ofensa a principios éticos o morales’, etc., todo ello como predicado del acto formalmente antijurídico. Pero tal proceder se aleja entonces del principio esencial de exclusiva protección de bienes jurídicos, que es aquí donde muestra su vigor” (Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 192).

412 Mir Puig, Santiago: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en AAVV, Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan Josep (dir.): *Constitución y principios del Derecho penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 103.

VIVES ANTÓN⁴¹³, “remite a los diversos preceptos constitucionales y a sus tradiciones interpretativas: a partir de ellas se trazan los límites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo y, por lo tanto, aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son”. En definitiva, la Constitución Española, como norma suprema y determinante de los principios rectores de nuestro sistema democrático, no solo supondrá una limitación negativa al legislador en el sentido de evitar que este pueda mediante el empleo del derecho penal limitar los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos, sino que además el legislador no podrá utilizar el Derecho Penal para sancionar acciones que no afecten a bienes o intereses jurídicamente protegidos por la Constitución.

El contenido del injusto tiene un doble fundamento o razón de ser. Por un lado, el desvalor de la acción y, por otro, el desvalor del resultado. Mientras que el primero afecta a la forma en la que la conducta del sujeto activo del delito pone en peligro el bien jurídico protegido, el segundo guarda relación con el alcance lesivo de dicha conducta con respecto al interés protegido. Esto es, “en el *desvalor de acción* se contempla la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta, en atención a los medios, modos o formas con los que el sujeto ha expresado su conducta (*sic*) típica; se atiende pues al debilitamiento que supone para el bien jurídico la conducta considera *ex ante*, tarea para la cual debe atenderse a la *insidiosidad* que expresa la actuación del sujeto. En esta secuencia valorativa se atiende también a la *intensidad subjetiva* con la que el sujeto se enfrente

413 Vives Antón, Tomas: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *REPC*, núm. XXV, edita la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pág. 440.

al Derecho (dolo o culpa)”. Mientras que en “el *desvalor de resultado* se ubica la contemplación de la conducta *ex post*; se trata de una valoración de lo que ha producido la conducta, de ‘lo resultante’ de la misma; aquí la *graduación del injusto* responde al grado de afectación del bien jurídico y atiende a si se ha puesto en peligro o si ha sido destruido; estamos pues en el plano de la lesividad resultante para el bien jurídico”⁴¹⁴.

De este modo, y como refiere BESIO HERNÁNDEZ, el desvalor del resultado permite graduar el injusto, es más, “la posibilidad de graduación del injusto adquiere su sentido más natural y obvio en la categoría del desvalor de resultado, esto es, en la consideración del grado de afectación de los bienes jurídicos tutelados por las normas penales que contienen tipos de delitos, por lo que existe una aceptación general en admitir su diferente grado de desvalor como criterio específico de medición de la pena. No debe olvidarse en este sentido que la intensidad de la afectación (en grado de peligro o lesión) del bien jurídico protegido constituye un criterio transversal utilizado en la legislación penal para la asignación de diferentes cuantías de pena, cuya consideración se advierte ya de partida en el fundamento material de la distinta penalidad que se asocia a las diferentes etapas de desarrollo o de ejecución del delito, y dentro de éstas, especialmente, en el delito consumado, la mayor intensidad de la lesión del bien tutelado en los delitos de resultado constituye un estándar recurrente utilizado por el legislador para establecer distintos grados de penalidad en relación al (*sic*) mismo ilícito criminal”⁴¹⁵.

414 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit, pág. 232.

415 Besio Hernández, Martín: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, cit, pág. 375.

Por último, hay que indicar que la afección al bien jurídico protegido mediante el hecho típico, esto es, la antijuridicidad material o el contenido de injusto, como ya hemos tenido ocasión de referir, no es un elemento absoluto sino que admite modulación puesto que cada hecho puede ofender de distinta manera a aquello que el ordenamiento jurídico penal ha decidido proteger. Esto es, la “*antijuridicidad material*, corolario de la *pretensión de ofensividad*, se integra dentro del tipo de acción en la medida que sólo son relevantes las acciones que *ofenden* a un bien jurídico. Pero las acciones pueden ofender de forma diferente, o en otras palabras, existen grados diferentes de ofender un bien jurídico. En efecto, cada tipo delictivo requiere una diferente forma de atacar el valor que ampara (bien jurídico protegido). De lo que se deduce que hay diferentes formas, medidas o grados de violar la norma. Es decir, que se trata de una categoría que admite graduación”⁴¹⁶.

2.1.2 El injusto y la agravante de discriminación

Si bien la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que esta circunstancia denota una mayor reprochabilidad de la conducta del sujeto activo del delito, por los motivos que analizaremos con posterioridad en este mismo capítulo, y por tanto entiende que supone una mayor gravedad de la culpabilidad⁴¹⁷, lo cierto es que no existe un posiciona-

416 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 257.

417 Arias Eibe, Manuel José: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, editorial JB Bosch editor, Barcelona, 2007, pág. 238.

miento doctrinal unánime sobre ello.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, reconoce la existencia de un amplio debate doctrinal al respecto, e indica que:

“mientras que para algunos autores tiene un carácter meramente subjetivo, al radicar su fundamento en el móvil que lleva al sujeto a actuar, por lo que su tratamiento ha de residenciarse en el estudio de la culpabilidad, para otros tiene naturaleza objetiva, considerando que el fundamento se halla en el ataque a una serie de valores especialmente protegidos por el legislador, incrementándose, así, el contenido del injusto al añadirse a la ilicitud propia del concreto hecho delictivo la procedente de la lesión específica de los referidos valores. Finalmente no faltan quienes se inclinan por atribuirle una estructura compleja, subjetiva y objetiva a la vez, pues aun prevaleciendo en su configuración el elemento subjetivo, éste se encuentra vinculado a las cualidades objetivas que se describen en el texto legal. A su vez se ha alertado desde la doctrina de los peligros que puede entrañar su aplicación en la medida en que no se respete el principio de responsabilidad por el hecho, eliminando toda incriminación fundada en la idea de un Derecho penal de autor”⁴¹⁸.

Así, ARROYO DE LAS HERAS entiende que “el fundamento de la agravación no reside, a nuestro entender, en el móvil abyecto que lleva a actuar al

418 Stc. del TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, número 3/2005, de 14 de diciembre. CJ 281318/2005.

sujeto, sino en el hecho de que el actuar del delincuente lesiona, además del bien jurídico concreto protegido por el tipo específico de que se trate, otros valores reconocidos socialmente a los que el legislador ha dispensado una protección jurídica singular. Es decir, el fundamento de la agravación encuentra su acomodo en el desvalor del resultado, determinante de una mayor antijuridicidad, y no en el desvalor de la acción con incidencia, en este último supuesto y dentro de la estructura del delito, en la culpabilidad⁴¹⁹. A mayor abundamiento, según el criterio de RODRÍGUEZ RAMOS, todas las agravantes contenidas en el artículo 22 del Código Penal, a excepción de la reincidencia, encuentran su “encaje en la antijuridicidad como cláusulas que incrementan el grado o gravedad de la injusticia penal cometida” y en concreto la agravante por discriminación incrementa la injusticia “al aumentar el grado de ofensa a la víctima y al *ius puniendi* estatal⁴²⁰”.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que, como se indicaba *supra*⁴²¹, aunque la pretensión o los motivos político-criminales que llevan al legislador a introducir la agravante por primera vez mediante la Ley Orgánica 4/1995, era evitar o reducir la proliferación de episodios de violencia antisemita y racista que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi, la razón de base es la pro-

419 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”, en AAVV, Muñoz Cuesta, Javier (coord.): *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997, pág. 112.

420 Rodríguez Ramos, Luis: *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 144.

421 *Vid.*; Capítulo I, epígrafe 3.3.

tección de los valores reconocidos en nuestra propia Constitución en sus artículos 14 y 9.2.

Si bien el término ‘motivación’ que se introduce en el texto de la agravante genérica parece referirse así al ánimo del sujeto pasivo como el elemento que justifica la agravación, es posible para algunos autores, e incluso conveniente, justificar la circunstancia desde el punto de vista del incremento del injusto y no de la culpabilidad. Así, para LAURENZO COPELLO podría explicarse el incremento punitivo “porque, además de lesionarse el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta otro bien adicional, concretamente, el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”⁴²². Para ello, y salvando el problema que puede suscitar la introducción en el texto del ánimo del sujeto activo o la motivación, se remite a la interpretación que se hacía de la agravante reconocida en el art. 10.16 del Código Penal anterior. Así, indica que “a pesar de que también aquí la redacción legal enfatiza la actitud anímica del autor respecto a ciertas particularidades del sujeto pasivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaron por fundamentar la mayor punición en la lesión de un bien jurídico adicional consistente en el ‘status sociológico’ de la víctima que la hace acreedora de un especial respeto”⁴²³.

De este modo, además, se salvarían los problemas que suscitan para

422 Lorenzo Copello, Patricia: “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *REPC*, volumen XVI, núm. 19, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996, pág 281.

423 *Ibid.*

parte de la doctrina entender que castigar la motivación del sujeto activo es más propio de un Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal de autor que se aleja de los principios rectores de un ordenamiento jurídico penal democrático.

No obstante, LAURENZO COPELLO parte de la “lesión de un bien jurídico adicional”⁴²⁴, esto es, que el hecho afectaría al mismo tiempo al bien jurídico protegido por el delito y, en virtud de la concurrencia de la agravante genérica, al principio de dignidad e igualdad de las personas protegido por la misma. Sin embargo, DÍAZ LÓPEZ entiende que no se trata “de que se *acumulen* las sanciones por dos atentados contra dos bienes jurídicos distintos (un supuesto bien jurídico protegido por la circunstancia agravante, más el bien jurídico protegido por el delito al que se aplique la agravante). Solamente se atenta contra un bien jurídico: el protegido por el delito en cuestión. Lo que ocurre es que quien comete el delito por motivos discriminatorios niega el principio de igualdad entre todos con su hecho y ello implica que su *motivación se proyecte en ese hecho de una particular manera*”⁴²⁵.

424 *Ibid.*, pág. 284.

425 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, cit., pág. 389. Justifica o aclara este extremo DÍAZ LÓPEZ indicando que “quien comete por motivos discriminatorios un delito contra la propiedad sólo atenta contra el bien jurídico protegido por el delito en cuestión (la propiedad), pero la explicación de su hecho (su motivo) consiste en negar que su víctima tenga *el mismo derecho a la propiedad* que el que tendría de haber sido diferente (de haber revestido otra condición personal). Su hecho no puede entenderse sin atender a esa negación del principio de igualdad entre todos, de ahí que afirmemos que su motivo discriminatorio se ha proyectado en su hecho. Con independencia del daño concreto que haya producido su conducta, el motivo discriminatorio incide en el bien jurídico protegido por el delito que la circunstancia se aplica”.

2.2

LA MAYOR CULPABILIDAD DEL AUTOR COMO FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

Efectuada una primera aproximación a la teoría del injusto y vistos los posicionamientos en la doctrina, que relacionan la agravante con la misma, y que no son mayoritarios, corresponde realizar lo propio con la teoría de la culpabilidad antes de efectuar la correspondiente toma de postura en cuanto al fundamento de la agravante.

Principio de culpabilidad como elemento del delito o del hecho delictivo, no en el sentido de principio inspirador o caracterizador del sistema penal. Respecto a este último hay que tener en cuenta que “la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un ‘derecho penal de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”⁴²⁶.

2.2.1 Aproximación a la teoría de la culpabilidad

Igual que ocurría cuando analizábamos el injusto en la teoría del delito, el concepto y contenido del concepto de culpabilidad no es unánime en la doctrina penal. Así, QUINTERO OLIVARES y TORRES ROSELL

426 STC, Sala 2ª, núm. 65/1986, 22 de mayo. EDJ 1986/65.

advierten que “en la ciencia penal se han manejado históricamente – de hecho también hoy– conceptos de culpabilidad, que son fruto de la libre opinión de cada jurista –concepciones psicológicas, materiales, caracterológicas, sociales, etc...” si bien “la culpabilidad es una institución jurídico-penal que debe explicarse desde un punto de vista estrictamente jurídico, renunciando a explicaciones morales, filosóficas, psicológicas o políticas, que podrían ser peligrosas desde el punto de vista del sistema garantista que se pretende en un Estado de Derecho”⁴²⁷.

La culpabilidad, o el reproche al sujeto activo del delito, no guarda relación con el daño o afcción que se produce al bien jurídico protegido, sino que supone la posibilidad de que al autor del hecho se le pueda imputar la comisión del injusto. Esto es, producido el desvalor sobre el bien jurídico protegido, hay que analizar si el mismo puede ser reprochado al sujeto activo del delito, a quien ha llevado a cabo la conducta calificada como típica y antijurídica. “A la pretensión de relevancia y de ilicitud que recaen sobre la acción, sigue la *pretensión de* reproche que recae sobre el autor. Para poder castigar a una persona no basta con que haya realizado una acción relevante lesiva; y haberla realizado con dolo o imprudencia. Además de todo ello es imprescindible que el sujeto sea capaz de entender y comprender lo que ha hecho. Sólo así podremos reprocharle que haya infringido voluntariamente la norma, sabiendo lo que hacía. Así pues, la *pretensión de* reproche hace referencia a la categoría de imputabilidad, donde precisamente se analizan el conjunto de características biológicas y psíquicas que permiten

427 Quintero Olivares, Gonzalo y Torres Rosell, Nuria: “La Constitución, la dignidad humana y la culpabilidad” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Derecho penal constitucional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 337.

afirmar la capacidad de comprender y actuar conforme a las normas en un caso concreto”⁴²⁸.

La culpabilidad o el reproche al sujeto activo, igual que ocurría con el injusto, es graduable o modulable. En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS indica que: “Tanto el injusto como la culpabilidad son magnitudes graduables que, en atención al principio de proporcionalidad, deben tener su correspondencia en la pena a aplicar en el caso concreto. Por ello, estas circunstancias producen sus efectos en la determinación de la pena, generalmente, graduando el injusto y la culpabilidad”⁴²⁹.

Esta graduación de la culpabilidad supone la correspondiente afección al principio de proporcionalidad, lo que produce “dos consecuencias: 1. La pena que se imponga al autor culpable debe ser proporcionada a la gravedad de su culpabilidad por el hecho. 2. En particular, las necesidades preventivas de pena en el caso concreto (desde el punto de vista de la prevención general o de la prevención especial), no pueden justificar en ningún caso la imposición al autor de una pena que exceda de la adecuada a la gravedad de su culpabilidad por el hecho (*teoría dialéctica de la unión* –Roxin)”⁴³⁰.

428 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 234.

429 Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, cit., pág. 215.

430 Ramos Tapia, Inmaculada en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, cit. pág. 73.

2.2.2 Culpabilidad y la agravante de discriminación

La jurisprudencia, de manera pacífica y consolidada, relaciona la circunstancia agravante de discriminación con la culpabilidad o el reproche al sujeto activo⁴³¹. Reproche que tiene su causa en un comportamiento del sujeto activo que resulta contrario a los valores esenciales de la convivencia en un Estado constitucional como el nuestro en el que deben consolidarse los valores de antirracismo, tolerancia ideológica y religiosa, igualdad, etc. De este modo, el Tribunal Supremo indica que:

“se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito”⁴³².

En el mismo sentido, y en concreto en relación con la agravante de discriminación por razones de género, la Audiencia Provincial de Madrid ha indicado que:

“Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante subjetiva, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor, el mayor desvalor,

431 No obstante, no es un posicionamiento unánime. Y así, la Stc. Núm. 53/2010, de 30 de junio, dictada por la Sección 29ª de la AP de Madrid, indica que “Esta agravante tiene su fundamento en el mayor desvalor del hecho que representa el atentado contra el principio de igualdad, que proclama la Constitución en su art. 14, motivación que aumenta el injusto subjetivo del hecho”.

432 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 1145/2006, de 23 de noviembre. EDJ 2006/337349.

que supone, en el caso contemplado, que el autor atente contra la vida de la víctima como expresión de su idea de dominación sobre la víctima, tal como se desprende de lo señalado en la STS 314/2015, de 4 de mayo, en la que se aplicó la agravante por motivos racistas, si bien sus razonamientos pueden servir de orientación para interpretar la nueva agravante de actuar por motivos de género, y, conforme a la citada sentencia, entiende el Tribunal Supremo que la mayor sanción del hecho se justifica porque el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad⁴³³.

Esto provoca que parte de la doctrina, al clasificar las agravantes, ubique esta entre las “basadas en móviles abyectos”⁴³⁴, esto es, en la motivación del sujeto activo.

En definitiva, y siendo que el legislador ha hecho referencia expresa a las motivaciones del autor como causa de la agravación, la doctrina mayoritaria relaciona esta agravación con la culpabilidad y el reproche que puede merecer el sujeto activo como consecuencia de haber actuado bajo un móvil abyecto. De este modo, ARIAS EIBE indica que “el

433 Stc. de la AP de Madrid, núm. 743/2017, de 1 de diciembre. EDJ 2017/249156.

434 Roldán Barbero, Horacio: *Manual de Derecho Penal. Parte general. Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho + ADE*, editorial Comares, Granada, 2012, pág. 177.

fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en la mayor gravedad de la culpabilidad que supone el móvil abyecto que guía al sujeto a la comisión del delito. Los móviles contemplados en la presente causa de agravación ponen de manifiesto que una actuación de ese tenor es más reprochable al sujeto⁴³⁵.

En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO fundamenta esta agravación en el ámbito del juicio personal de reproche, y así concluye que “al margen de las concepciones teóricas objetivas o subjetivas del injusto, en el caso de los ‘motivos discriminatorios’ lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás. La apreciación de esta circunstancia no equivale a un mayor desvalor de la acción o de resultado en el concreto delito cometido; como expone acertadamente ALONSO ÁLAMO son circunstancias no reconducibles al tipo de injusto, por estar desprovistas de propiedades que se refieren a la acción concreta cometida. Pertenecen, por lo tanto, a la culpabilidad⁴³⁶”.

2.3

—

TOMA DE POSICIÓN

Como hemos comprobado previamente, y como indican ORTS BERENGUER

435 Arias Eibe, Manuel José: *Responsabilidad criminal...*, cit., pág. 237.

436 Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el Derecho Penal*, editorial Comares, Granada, 1998, pág. 65.

y GONZÁLEZ CUSSAC, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010, “se discute si su fundamento reside en la ofensa adicional a estos valores, o por el contrario se halla en el móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar”⁴³⁷.

Entiendo, como a continuación desarrollaré, que el fundamento no puede estar en el reproche al sujeto activo, esto es, en el “móvil abyecto” en virtud del cual actúa o que guía su actuación delictiva, sino en el incremento de injusto que supone llevar a cabo la conducta típica exclusivamente y por el mero hecho de que el sujeto pasivo del delito pertenezca o sea percibido⁴³⁸ como sujeto característico de minoría discriminada con el fin de privarle de la dignidad que le corresponde como persona. En concreto, y en relación con la discriminación por razones de género en los términos indicados *supra*⁴³⁹, la comisión de los hechos por parte del sujeto activo por la mera circunstancia de que el sujeto pasivo del delito, hombre o mujer, no adecúe su comportamiento a los roles de género establecidos en una sociedad heteropatriarcal y dicotómica. A modo de ejemplo, y como ya me referí, cuando un superior jerárquico en una relación laboral lleva a cabo acoso laboral o *mobbing* en los términos establecidos en el segundo párrafo del art. 173.1 del Código Penal, cuando este traiga causa, única y exclusivamente, en la voluntad del sujeto activo de

437 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 530.

438 En relación con este extremo, es decir, que el sujeto pertenezca o no al colectivo cuya protección ampara la circunstancia agravante, tendré ocasión de hablar *infra*, en el epígrafe 4.1 del presente trabajo.

439 *Vid.*; Primera Parte, Capítulo II, epígrafe 4 del presente trabajo.

atentar contra la dignidad del trabajador o funcionario porque este ha tomado decisiones que suponen un desajuste de su modo de actuación a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres –por ejemplo, cuando un hombre solicita permisos de paternidad para cuidar de un hijo recién nacido o adoptado. O, por ejemplo, cuando un sujeto, hombre o mujer, agrede a una mujer que ejerce la prostitución o que tiene relaciones sexuales al margen de una relación sentimental normativa por el mero hecho de entender que no ajusta su comportamiento al que se espera de una mujer por el mero hecho de ser mujer. O, como DÍAZ LÓPEZ nos indica, “por ejemplo, si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por este motivo (‘porque los hombres no bailan ballet’), se aplicará la agravante, con independencia del efecto intimidatorio que en un colectivo supuestamente caracterizado por un género pueda tener ese hecho”⁴⁴⁰.

El argumento de que el epígrafe 4º del artículo 22 se refiera a la comisión del delito por una serie de “motivos” o “razones” no implica necesariamente que la circunstancia se remita a un incremento en el reproche al sujeto activo, a la culpabilidad, siendo este uno de los

440 Conferencia de Díaz López, Juan Alberto, *La reforma de la agravante genérica de discriminación*, realizada el pasado 22 de junio de 2015 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Resumen de la conferencia en el link <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/> (enlace consultado el 26 de diciembre de 2017).

principales argumentos de quienes relacionan el fundamento con esta última teoría. En este sentido, ARROYO DE LAS HERAS indica que este término legal, “es comprensivo tanto de los motivos propiamente dichos como del fin perseguido por el delincuente, por la sencilla razón de que en la motivación aparecen siempre el elemento impulsivo o energético y el direccional, siendo indiferente, a efectos de la aplicación de la agravante, la mayor o menor preponderancia de uno u otro”⁴⁴¹. Es decir, que cuando el legislador hace referencia a cometer el delito por motivos discriminatorios, no estaría haciendo alusión al hecho de que el sujeto profese una serie de ideas contrarias al principio de igualdad y se pretende la sanción de estas. Sino que mediante el hecho delictivo, el sujeto activo no solo estaría pretendiendo cometer el delito básico (por ejemplo, atentar contra la integridad física del sujeto), sino que estaría atentando contra la integridad física del sujeto con el fin de castigarlo por no ajustarse a los roles de género socialmente establecidos. Bien fuere con una intención correctiva, represiva, vengativa, etc. estaría vulnerando la propia dignidad del sujeto pasivo, quien sufre la acción por el mero hecho de ser percibido como integrante de un colectivo minoritario objeto de discriminación.

Entiendo que en un ordenamiento jurídico penal democrático como el nuestro, no es admisible fundamentar la circunstancia en la culpabilidad, o como indica BERNAL DEL CASTILLO, en “un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital orientada en contra

441 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 114.

del valor del respeto a la dignidad igual de los demás⁴⁴². Admitir esta posibilidad, sería admitir postulados del Derecho Penal del enemigo en los que se estaría imponiendo al sujeto activo una pena superior no por su conducta, sino por su pensamiento o por su actitud interna en tanto en cuanto sería contraria a unos principios democráticamente aceptados y asumidos.

Como indica BESIO HERNÁNDEZ, aceptar esta posición implica asumir una tesis que “resulta ilícita desde la óptica de un modelo de Estado liberal que renuncia a la sanción del fuero interno de los individuos y sólo admite la imposición de una pena sobre la base de la conducta externa que se ejecuta. Las razones por las que un sujeto comete un delito resultan irrelevantes para fundar la pena o su agravación en un Derecho penal garantista que no asume como función la educación de los ciudadanos por medio de la fuerza, o que no se configura al alero de una concepción retribucionista de la pena⁴⁴³.”

Por lo tanto, entiendo que el fundamento de la agravante genérica de discriminación es el incremento de injusto que supone llevar a cabo la conducta típica exclusivamente y por el mero hecho de que el sujeto pasivo del delito pertenezca a una minoría discriminada con el fin de privarle de la dignidad que le corresponde como persona.

442 Bernal del Castillo, Jesús: *La discriminación en el Derecho Penal...*, cit., pág. 65.

443 *Ibid.*, pág. 350.

3

En torno a la naturaleza jurídica de la agravante

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y más concretamente las agravantes, son, como se ha indicado, elementos que tienen un carácter accesorio del delito. Esto es, son elementos o hechos naturales no necesarios en la estructura del delito para entender cometido el mismo, de modo que no se trata de instrumentos configuradores del tipo. Estos, con independencia del fundamento de cada uno de ellos, tienen una naturaleza jurídica objetiva o subjetiva, o incluso mixta.

Como indican MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “son circunstancias *objetivas* aquéllas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, *con independencia* de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad entre la pena y la *culpabilidad por el hecho* permite explicar aquí el incremento de la pena. En cambio, calificamos como *subjetivas* aquéllas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor *por el hecho cometido*. En realidad, lo que está presente en ellas es una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el Ordenamiento jurídico, sin que ese mayor reproche se refiera

al hecho concreto objeto de enjuiciamiento”⁴⁴⁴.

Así, en relación con la agravante por motivos de discriminación, mientras que parte de la doctrina determina su naturaleza subjetiva por expresar un móvil indeseable del sujeto activo (negar la dignidad del sujeto pasivo y el principio de igualdad), otro sector doctrinal establece su naturaleza objetiva como consecuencia del fundamento o el propósito de intimidar al sujeto pasivo y a los pertenecientes al grupo al que este pertenece⁴⁴⁵. De este modo, ARROYO DE LAS HERAS determina la naturaleza objetiva de la agravante debido a que aunque “la expresa referencia legal a la motivación podría llevarnos a pensar que la circunstancia agravante que nos ocupa es de naturaleza subjetiva”, dado que “el fundamento de la agravante se halla en el ataque a una serie de valores que han sido objeto de una especial protección jurídica por parte del legislador, lo que supone un mayor contenido del injusto, [...] no cabe duda de que la agravante es de *naturaleza objetiva*”⁴⁴⁶.

Por el contrario, ZÁRATE CONDE y GONZÁLEZ CAMPO consideran que tiene una naturaleza subjetiva puesto que “se trata nuevamente de una circunstancia que no atiende a la conducta realizada (a la mayor

444 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 521.

445 Gómez Martín, Víctor: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español, en AAVV, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.): *Constitución y Sistema penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 177.

446 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante...”, *cit.*, pág. 112.

peligrosidad de aquella) sino a su motivación⁴⁴⁷. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, califican su naturaleza como subjetiva dado que “en estos casos, el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor, como son los móviles de su actuación, lo que impide encontrar aquí razones por las que la gravedad objetiva del delito se vea incrementada; por otra parte, en este tipo de hechos suelen estar presentes otras agravantes como el ensañamiento o el propio abuso de superioridad (por ej., en los ‘móviles’ discriminatorios por razón de enfermedad o discapacidad)”⁴⁴⁸. Siendo además esta naturaleza, la subjetiva, la asumida mayoritariamente por la jurisprudencia⁴⁴⁹.

Lo cierto es que la interpretación de ARROYO DE LAS HERAS indicada con anterioridad parece partir de una confusión entre el fundamento y la naturaleza de la circunstancia agravante. O mejor dicho, de entender que determinado el fundamento con base en el injusto, y no en la culpabilidad, debe concluirse la naturaleza objetiva. Sin embargo, y como ya se indicó *supra*⁴⁵⁰, “no existe una vinculación absoluta entre el carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias y su fundamento, ya que pueden hallarse elementos objetivos en la comunicabilidad y

447 Zárata Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio: *Derecho Penal. Parte general*, editorial La Ley, Madrid, 2015, pág. 339.

448 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General...*, *cit.*, pág. 524.

449 En este sentido, y en relación a la agravante por razones de género, entre otras, Stc de la AP de Madrid, núm. 743/2017, de 1 de diciembre. EDJ 2017/249156.

450 *Vid.*; parte II, Capítulo II, epígrafe 4.

subjetivos en la antijuricidad⁴⁵¹.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la presente agravante, la comisión del delito por motivos discriminatorios por razones de género, no supone una mayor gravedad del mal producido por el delito (como en el caso del aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima⁴⁵²) o su ejecución resulta de mayor facilidad (como en el caso de la alevosía⁴⁵³). Esto es, no se produce una mayor afección a la integridad física, al patrimonio, etc. del sujeto pasivo, ni se produce una modificación en la ejecución del acto delictivo, sino únicamente en la cualidad del sujeto pasivo.

Por ello, debe concluirse que la naturaleza jurídica de la presente agravante es subjetiva, puesto que lo que tiene en cuenta es la motivación del sujeto activo, aunque sea como hemos indicado con anterioridad su motivación final, esto es, la de atentar contra el bien jurídico del que es titular el sujeto pasivo con el fin de reprenderle por no ajustarse a los roles de género socialmente establecidos.

451 Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pág. 45.

452 Art. 22.5ª CP: Son circunstancias agravantes "Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito".

453 Art. 22.1ª CP: "Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

4

Los elementos concurrentes en la agravante de discriminación por razones de género

La doctrina y la jurisprudencia coinciden de forma pacífica en el entendimiento de que la configuración de las circunstancias agravantes genéricas exigen la concurrencia de dos elementos: uno de carácter objetivo y otro subjetivo⁴⁵⁴. Ambos deberán acumularse, al margen de los elementos exigibles por el tipo delictivo básico, para ser de aplicación la agravante. En este sentido, y tal y como indica BORJA JIMÉNEZ, “la circunstancia se estructura con base en dos componentes, objetivo y subjetivo, cuya concurrencia es necesaria para que ésta pueda tener virtualidad”⁴⁵⁵

A continuación determinaremos los elementos objetivo y subjetivo que deben concurrir en la concreta circunstancia agravante reconocida en el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código Penal. Aunque los

454 En relación con esta asunción generalizada en cuanto a la estructura, GONZÁLEZ CUSSAC indica que “estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en nuestra jurisprudencia y doctrina. Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos y la configuración de las distintas circunstancias”. González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 184.

455 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”..., *cit.*, pág. 120.

desarrollaré a continuación, es posible avanzar que el primero está relacionado con la característica del sujeto pasivo (individuo o grupo objeto de tutela) y el segundo con el ánimo del sujeto activo dirigido al desprecio de la persona precisamente por identificarla con la característica que es objeto de discriminación.

4.1

ELEMENTO OBJETIVO

El elemento objetivo guarda relación con “la característica idiosincrásica del grupo o del individuo objeto de tutela”⁴⁵⁶. Esto es, en el presente caso, con el hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo comportamientos, papeles, actividades y atribuciones socialmente construidos en relación con el género opuesto a su sexo; o dicho de otro modo, comportamientos, papeles, actividades y atribuciones ajenos a los socialmente construidos en relación con el sexo del sujeto pasivo.

No obstante, doctrinalmente se plantea la divergencia entre los autores que entienden que el elemento objetivo debe concurrir necesariamente en el sujeto pasivo⁴⁵⁷ (llevar a cabo ese tipo de comportamientos,

456 *Ibid.*

457 En este sentido, AGUILAR CÁRCELES (en “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia”, AAVV Morillas Cueva Lorenzo [dir.], *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, editorial Dykinson, 2015, pág. 58), BORJA JIMÉNEZ (en “La circunstancia agravante de

tener una orientación sexual diferente a la socialmente normativa, ser negro, etc.) y quienes entienden que la simple creencia por parte del sujeto activo de su concurrencia sería suficiente para entender que resulta de aplicación la agravación⁴⁵⁸. Esto es, difieren en la consecuencia del denominado “error inverso o error al revés”, entendido este como “la creencia errónea de realizar un hecho delictivo que en la realidad objetiva no tiene existencia” y que “en el caso de las circunstancias se concreta en la suposición errónea de estar realizando los presupuestos objetivos de un motivo de agravación o atenuación de la pena que no tiene existencia real, es decir, que sólo existe en la mente del autor. Dicho error puede recaer sobre cualquier elemento objetivo de la circunstancia en cuestión, ya sea de carácter descriptivo o normativo”⁴⁵⁹. Es decir, para estos últimos autores, el error producido en el sujeto activo en cuanto a la cualidad del sujeto pasivo en nada afectaría para entender si concurre o no la circunstancia agravante.

Por ejemplo, en el caso del sujeto pasivo mujer sobre quien se comete un delito de lesiones porque el sujeto activo cree que no se ajusta al rol de género al tener relaciones sexuales con distintos hombres sin guardar fidelidad a su cónyuge varón, podría ocurrir que esa figuración de vida sexual socialmente no normativa o no aceptada para el

discriminación del art. 22.4ª...”, *cit.*, pág. 120), y ARROYO DE LAS HERAS (“Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 121).

458 Así, ARIAS EIBE (en *Responsabilidad criminal...*, *cit.*, pág. 238), GÓMEZ MARTÍN (en “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad?...”, *cit.*, pág. 178) y DÍAZ LÓPEZ (en *El odio discriminatorio como agravante penal...*, *cit.*, pág. 395).

459 Pérez Alonso, Esteban: *El error sobre las circunstancias del delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 89.

rol de una mujer no fuera real, sino fruto de un error de apreciación del sujeto activo. En este caso, parte de la doctrina entendería que concurre igualmente el elemento objetivo que exige la circunstancia agravante de discriminación, mientras que otra parte de la doctrina descartaría la aplicación de la agravante por no concurrir el mismo.

De este modo, BORJA JIMÉNEZ indica expresamente que debe concurrir la “existencia real de la característica idiosincrásica del grupo o del individuo objeto de tutela (por ejemplo, que se trate de un negro, o de un judío, o de un homosexual o de un minusválido, etc.). [...] Si falta [...], se apreciará un error inverso en una circunstancia agravante y ésta no podrá ser apreciada (por ejemplo, el culpable da muerte a una persona por ser homosexual, cuando en realidad era heterosexual)”⁴⁶⁰. Sin embargo, GÓMEZ MARTÍN refiere que “para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Por esta razón, la circunstancia también será aplicable, por ejemplo, cuando se lesiona a una mujer por estar casada con alguien de una determinada raza, o a un periodista o político por defender a minorías raciales, ideológicas, etc. Del mismo modo, el art. 22.4^a también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil (perteneciente a una determinada

460 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4^a...”, *cit.*, pág. 120.

raza, homosexualidad, etc.)”⁴⁶¹.

En el mismo sentido que este último DÍAZ LÓPEZ indica que “si consideramos que lo determinante para aplicar la agravante son las motivaciones del autor, el error sobre la concreta condición de la víctima deviene irrelevante. Si el autor ha cometido el delito por odio discriminatorio hacia una condición personal, se aplicará la agravante aunque su víctima concreta finalmente no revistiera esa condición y él creyera lo contrario. Si un sujeto comete un delito por motivos discriminatorios hacia una orientación sexual (supongamos que se trata de un homófobo que cree haber matado a un *gay*), y finalmente se descubre que la víctima no era homosexual, no cambie el hecho de que cometió el delito motivado por su odio discriminatorio hacia la orientación sexual de su víctima. Lo esencial no es aquí que el odio vaya dirigido a la homosexualidad o a la heterosexualidad, sino a la condición personal ‘orientación sexual’ que todos tenemos, que conforma nuestra identidad personal y que se encuentra vinculada al principio de igualdad absoluto”⁴⁶².

Por otro lado, la jurisprudencia, de forma mayoritaria, no aplica la agravante en los supuestos en los que no consta acreditada la cualidad del sujeto pasivo que ha motivado la conducta del sujeto activo.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado expresamente que:

461 Gómez Martín, Víctor: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad?...”, *cit.*, pág. 178.

462 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, *cit.*, pág. 395.

“para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE”⁴⁶³.

De igual modo, y entre otras, el Tribunal Supremo confirma dicho extremo en la Sentencia número 983/2016, de 11 de enero, en la que indica que:

“El segundo obstáculo para no estimar la agravante solicitada lo constituye la referencia al sujeto activo y no al pasivo, ya que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima; lo que exige a su vez la prueba de la condición de la misma y la intencionalidad del autor, conforme establece la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 1145/2006 de 23 de noviembre). En definitiva no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito (véase sentencia 1341/2002 de 17 julio; 302/2015 de 19 mayo; 314/2015 de 4 de mayo, etcétera)”⁴⁶⁴.

Este posicionamiento jurisprudencial ha hecho que el Servicio de Delitos

463 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 314/2015, de 4 de mayo. CJ 71842/2015. El subrayado es un añadido.

464 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 983/2016, de 11 de enero. CJ 26/2017. El subrayado es un añadido.

de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona⁴⁶⁵ continuamente haya instado en sus memorias anuales la reforma del art. 22.4 del Código Penal. Así, en la memoria correspondiente al año 2015 indica expresamente que:

“Aconsejamos también la introducción *in fine* de una cláusula al citado precepto que permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad etc concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta. Según la doctrina dominante, la circunstancia agravante prevista en el art. 22.4^a CP es de naturaleza subjetiva, ya que expresa un móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad (MIR PUIG, CEREZO MIR, GÓMEZ MARTÍN). Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Dicha posición vendría respaldada por la redacción literal del propio artículo 22.4 CP al exigir ‘cometer el delito por motivos...’. Sin embargo existen sentencias contradictorias al respecto que generan inseguridad

465 El Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona fue el primer servicio de esta naturaleza que se puso en marcha por la Fiscalía desde el año 2009 y destaca por su especial relevancia. Se trata de un servicio de dicha Fiscalía provincial especializado en los delitos cometidos por el odio o la voluntad de discriminar a las personas por motivos de su raza, etnia, origen o procedencia, orientación o identidad sexual, creencias, religión, sexo o discapacidad, entre otros motivos.

jurídica. Así la STS 17/07/2002 que confirma SAP Barcelona 13/03/2000 en la que se condena a un grupo de 6 jóvenes que se dirigen a zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente provocándole una fractura craneal, condena por delito del art. 147.1 cp con agravante art. 22.4 y el Tribunal Supremo tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea (Igual sentido SAP La Coruña 19/04/07, SAP Bcn 3/11/06).

Por contra la STS 145/2006, 23-11, F.J. 6º señala que ‘para aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad’. En igual sentido SAP Cádiz 12/01/07, SAP BCN 17/02/2005, SAP Madrid 14/10/09 (Caso Palomino). A nuestro modo de ver el art. 22.4ª CP también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil (pertenencia a una determinada raza, homosexualidad, etc.). De modo análogo a lo que sucede, por ejemplo, en el art. 139.2ª CP con la circunstancia de precio, recompensa o promesa, el legislador únicamente exige para su aplicación que el sujeto activo del delito actúe impulsado ‘por’ los motivos descritos en el precepto, sin exigir expresamente, como requisito ulterior, la concurrencia efectiva del objeto del móvil. Las contradictorias sentencias detectadas, no sólo en el Tribunal Supremo sino también en las Audiencias Provinciales, exigen a nuestro modo de ver

una reforma del art. 22.4 del código penal que despeje las dudas interpretativas a nivel (*sic*) doctrinal y jurisprudencial, debiéndose añadir in fine, una cláusula ‘con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.’ Esta fórmula es la que propone la OSCE en su definición de delito de odio y ha sido adoptada en Estados Unidos a través de la ‘Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio’ aprobada por el Congreso en fecha 22/10/2009 y ratificada por el presidente Barack Obama el 22/10/2009 y que describe el delito de odio como aquellos cometidos por la, real o percibida, raza, color u origen nacional o por la, real o supuesta, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad. Con una redacción clara del artículo 22.4 del Código Penal quedaría garantizada su adecuada aplicación a los casos de discriminación por asociación o discriminación por error, en la línea recomendada por los organismos internacionales, cubriendo casos como hechos delictivos producidos a persona por estar casada con otra cuyo color de piel es diferente, o a un periodista, político o activista de una ONG por defender a minorías raciales o étnicas, o cuando se agrede a una persona pensando que es homosexual o extranjero y luego resulta que no lo es. En todos estos casos el sujeto activo comete el hecho por móvil discriminatorio y si estas personas no tuvieran relación o vinculación con otras personas pertenecientes a dichas minorías no lo habría cometido. Del mismo modo que si el autor supiera que la víctima no pertenece a una minoría no habría tampoco cometido el hecho. En todos casos su motivación

es discriminatoria y ello fundamenta la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP⁴⁶⁶.

En cualquier caso, el posicionamiento jurisprudencial no es unánime, y así, el Tribunal Supremo ha llegado a apreciar la agravante de discriminación en supuestos en los que no concurre la cualidad en el sujeto pasivo. En este sentido, ha llegado a indicar que:

“los acusados se habían dirigido a una zona que conocía era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo”⁴⁶⁷.

No obstante, entiendo que no es posible aceptar esta afirmación, dado que parte de un error al tener en cuenta la naturaleza subjetiva de la agravante pero no el fundamento que en el presente trabajo se ha acogido.

466 Memoria anual correspondiente al año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, págs. 41 y 42. Puede consultarse en el link: http://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxiu/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf (enlace consultado en fecha 20 de marzo de 2018).

467 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 1341/2002, de 17 de julio. CJ 7746/2002.

Teniendo en cuenta que el fundamento de la agravante, desde el planteamiento que aquí se ha expuesto, no es otro que el incremento de injusto que supone llevar a cabo la conducta típica exclusivamente y por el mero hecho de que el sujeto pasivo del delito pertenezca a una minoría discriminada con el fin de privarle de la dignidad que le corresponde como persona, este extremo, es decir, la cualidad del sujeto pasivo, deberá concurrir para poder aplicar la circunstancia agravante.

En este sentido, Lorenzo Copello, de manera acertada, indica que esta fundamentación de la circunstancia del art. 22.4º supone que “la agravante sólo estará completa cuando la víctima del delito efectivamente pertenezca al colectivo al que se pretende agraviar, puesto que de no darse esta situación no se produciría aquel desvalor adicional del resultado. Retomando el ejemplo de quienes agreden a una persona por creerla homosexual, es claro que si el sujeto pasivo no lo era, su derecho a no ser tratado como un ser inferior a los demás no se habrá visto afectado”⁴⁶⁸.

A ello hay que añadir que el art. 14.2 del Código Penal determina claramente que “el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”. De este modo, la apreciación sin concurrir el elemento objetivo, esto es, la cualidad del sujeto pasivo, supondría una interpretación extensiva e *in malam partem* no admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

468 Lorenzo Copello, Patricia: “La discriminación en el Código Penal de 1995”..., *cit.*, pág 282.

4.2

ELEMENTO SUBJETIVO

El segundo de los elementos que debe concurrir necesariamente para aplicar la agravante genérica de discriminación es el denominado elemento subjetivo. Este consiste, como indican GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA en dos requisitos, por un lado “que el móvil del autor del delito debe ser alguna de las concretas circunstancias que expresamente se determinan” (motivos racistas, antisemitas o discriminación por razón de ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza, nación, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género o discapacidad) y, por otro lado, perteneciendo la motivación delincuente a la esfera de su identidad, deberá acreditarse esta, a través de su conducta o manifestación externa, a la que no le serán ajenas los antecedentes de hecho, los coetáneos y los posteriores⁴⁶⁹.

Debido a que este requisito supone valorar la esfera interna del sujeto activo, se convierte en un elemento fundamental de prueba. “Procesalmente, la apreciación de la agravante exigirá prueba tanto del hecho y la participación del sujeto, como de la intencionalidad del autor –normalmente indiciaria–, elemento este último relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia⁴⁷⁰.

469 AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 232.

470 Arias Eibe, Manuel José: *Responsabilidad criminal...*, cit., pág. 238.

En este sentido, y en relación con el elemento subjetivo, hay que tener en cuenta fundamentalmente dos circunstancias. En primer lugar, el motivo de discriminación por razones de género no basta con que sea uno de los motivos concurrentes en la psique del sujeto activo que le conduzcan a llevar a cabo el comportamiento delictivo, esto es, el hecho típico, sino que debe ser el motivo determinante por el que se ha llevado a cabo el hecho típico. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado que se trata:

“de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito”⁴⁷¹.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la motivación del sujeto para la comisión del hecho delictivo es un elemento o circunstan-

471 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 314/2015, de 4 de mayo. CJ 71842/2015.

cia perteneciente a la actitud interna del sujeto activo, por lo que, tal y como ha indicado el Tribunal Supremo, hay que advertir que:

“delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución.

Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE⁴⁷².

472 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 1145/2006, de 23 de noviembre. EDJ 2006/337349.

5

Toma de posición

La circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de discriminación⁴⁷³ reconocida en el art. 22.4^a del Código Penal agrava las penas cuando el acto delictivo se lleva a cabo por una serie de motivos enumerados en dicho precepto, esto es, motivos “racistas (raza, etnia), ideológicos (religión, creencias, ideologías políticas, opciones sexuales, antisemitismo), género y físicos [y psíquicos] (enfermedad, minusvalía)”⁴⁷⁴. En definitiva, “se agrupan en esta causa de agravación diversas actitudes de discriminación que se encuentran en abierta contradicción con el sistema de valores democráticos y constitucionalmente protegidos”⁴⁷⁵, siendo la que afecta al presente trabajo la causa de agravación la discriminación por razones de género.

473 De manera generalizada se utiliza el concepto de agravante de discriminación, si bien existen otros conceptos u otras formas de referirse a ella. A modo de ejemplo, la jurisprudencia en ocasiones se ha referido a la misma como agravante de ‘motivación ideológica’ (así, la Sts. del TS, Sala 2^a, núm. 360/2010, de 22 de abril. EDJ 2010/43856), remitiéndose únicamente de este modo a una serie de motivaciones y no a todas las contempladas en el precepto. Otros autores utilizan conceptos más amplios para poder reconocer todas las realidades contenidas en el art. 22.4^a, como QUINTERO OLIVARES, que la denomina “agravante de racismo y discriminación” (Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit, pág. 217).

474 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit, pág. 385.

475 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 530.

En este sentido, GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA indican que “esta circunstancia, esto es, la protección de estos valores, justifica su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico penal. Pese a las muchas objeciones de carácter técnico que se pueden oponer a este nuevo precepto, aplicable a todo tipo de delitos (a salvo de los anteriormente citados), a su redacción y empleo de términos sinónimos, no cabe duda que la implantación de esta agravante deviene fundamental. No sólo por su operatividad práctica, que por desgracia se incrementará, sino por constituir uno de los símbolos más claros de la necesaria ‘política criminal’ que directamente emana de nuestros principios constitucionales más elementales”⁴⁷⁶.

No obstante, y pese a lo referido por estos autores, no es suficiente con una justificación de política criminal, sino que es necesario interpretar dicho precepto con arreglo al resto de principios rectores del Derecho Penal y la teoría del delito para que esta circunstancia tenga el correcto encaje en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que hay que relacionar el fundamento de la agravación con la antijuridicidad o la culpabilidad y no con una simple voluntad de política criminal.

Así, no es admisible un fundamento de la circunstancia modificativa basada en el reproche al autor o la culpabilidad, dado que ello supondría agravar la pena por la actitud anímica del autor y no por su responsabilidad en relación con hecho cometido. Esto supondría admitir un Derecho penal del enemigo o Derecho penal de autor contrario a

476 AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995...*, cit., pág. 233.

“un Derecho penal garantista que no asume como función la educación de los ciudadanos por medio de la fuerza, o que no se configura al alero de una concepción retribucionista de la pena”⁴⁷⁷.

Sin embargo, entiendo que el fundamento de esta circunstancia radica en el incremento de injusto que produce la comisión del hecho por estos motivos. Y ello, por cuanto que el hecho típico lesionaría, al mismo tiempo que el bien jurídico protegido del propio delito básico, la dignidad del individuo, estrechamente vinculada a sus circunstancias personales o sociales⁴⁷⁸. En este sentido, DÍAZ LÓPEZ indica que “articular esta circunstancia agravante como un *plus* de antijuridicidad explica la mayor gravedad de la pena a imponer al autor en términos coherentes: si el hecho es más grave, entonces es justo que la sanción sea correlativamente más grave. El desvalor que supone la aplicación del artículo 22.4ª CP se añadiría o aumentaría el que le corresponde al delito cometido, pero no porque el sujeto responsable fuera ‘más culpable’, sino porque el autor de ese delito habría cometido un mayor injusto”⁴⁷⁹.

A tal conclusión se llega atendiendo al significado jurídico del concepto “motivos”, y que no tiene por qué limitarse al pensamiento del sujeto o sus ideas en el momento de la comisión del delito. En este sentido,

477 Besio Hernández, Martín: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, *cit.*, pág. 350.

478 En este sentido, Gómez Martín, Víctor: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad?...”, *cit.*, pág. 178.

479 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, *cit.*, pág. 351.

ARROYO DE LAS HERAS indica que este término legal “es comprensivo tanto de los motivos propiamente dichos como del fin perseguido por el delincuente, por la sencilla razón de que en la motivación aparecen siempre el elemento impulsivo o energético y el direccional”⁴⁸⁰. De este modo, mediante el hecho delictivo, el sujeto activo no solo estaría pretendiendo cometer el delito básico (por ejemplo, atentar contra el patrimonio del sujeto pasivo), sino que lo estaría haciendo con el fin de reprender, corregir, castigar, etc. al sujeto pasivo por no ajustarse a los roles de género socialmente establecidos. A modo de ejemplo, cuando un sujeto lesiona a otro porque este último no se ajusta al rol de género socialmente establecido no solo está afectando a la integridad física del sujeto pasivo, sino también a su dignidad como persona, tratando de reconducir su comportamiento posterior de modo que se ajuste al rol de género normativo.

El hecho de que se haya determinado como fundamento de la agravación el incremento del injusto (esto es, la afección al bien jurídico protegido y no al reproche al sujeto) no conlleva necesariamente admitir que la naturaleza jurídica de la agravación sea objetiva. Y precisamente en el presente supuesto, en el que la circunstancia no se justifica por los medios comisivos, ni tampoco por la mayor gravedad del mal producido, debemos concluir que la naturaleza de la misma es de carácter subjetivo, lo que afectará, principalmente, a la delimitación del elemento objetivo que debe concurrir para entender aplicable la circunstancia agravante.

480 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 114.

En relación con esto último, esto es, el elemento objetivo que ha de concurrir para que se pueda aplicar la agravante, hay que tener en cuenta que el sujeto pasivo deberá ser de los integrados en alguno de los “grupos de sujetos específicos que reúnen un conjunto de factores intrínsecos o endógenos que motivarían la actuación del sujeto activo”⁴⁸¹ y que se detallan en el art. 22.4º del Código Penal, pese a que el precepto utiliza conceptos neutros (así se refiere a razones de género sin indicar expresamente que el sujeto pasivo debe ser de aquellos que llevan a cabo comportamientos ajenos a los roles socialmente establecidos). Lo cierto es que, como indica LAURENZO COPELLO, “a pesar de las fórmulas neutras utilizadas en la legislación, todos los preceptos normativos dirigidos a prevenir aquel fenómeno [la discriminación] excluyen de su contenido a quienes conforman la identidad del grupo dominante”⁴⁸².

Además, no será de aplicación en los supuestos en los que efectivamente el sujeto pasivo no lleve a cabo un comportamiento no ajustado al rol de género correspondiente a su sexo. Esto es, el error en el que pueda incurrir el sujeto pasivo en relación con la cualidad del sujeto pasivo no será irrelevante, sino que conducirá a la no aplicación de la circunstancia agravante, conforme a lo dispuesto en el art. 14.2 del Código Penal.

Junto al elemento objetivo deberá concurrir el elemento subjetivo, consistente este en la motivación del sujeto para la comisión del hecho

481 Aguilar Cárceles, Marta María en “Proposición para delinquir.., *cit.*”, pág. 58.

482 Lorenzo Copello, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, número 34, Madrid, 1999. pág. 19.

delictivo. Elemento de carácter interno del sujeto que deberá ser objeto de acreditación probatoria, pese a las dificultades que dicha circunstancia conlleva a efectos de prueba. Pero además, no deberá ser un simple elemento concurrente, sino que, como indica ARROYO DE LAS HERAS, “la circunstancia agravante de que venimos tratando únicamente podrá ser apreciada cuando los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios sean los *predominantes* o, lo que es lo mismo, los que determinen al delincuente a la comisión del delito, pues sólo de este modo puede fundamentarse la agravación”⁴⁸³.

483 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 115.

TERCERA PARTE

Aplicación de la agravante genérica de discriminación por razones de género

CAPÍTULO I

Comunicabilidad y relaciones concursales

Introducción

1

—

Introducción

En los capítulos precedentes se ha determinado el concepto de ‘razones de género’ y, por tanto, lo que supone la acción o el hecho en virtud del cual el legislador ha optado por agravar la pena del sujeto activo, así como el fundamento, naturaleza y elementos concurrentes de la propia agravante genérica objeto de estudio.

De este modo, y teniendo en cuenta la teoría tradicional del delito, ha quedado configurada la agravante genérica de discriminación por razones de género.

En el presente capítulo, y partiendo de las conclusiones alcanzadas con anterioridad, se procede a la valoración de los principales conflictos que pueden surgir en la aplicación práctica de la referida circunstancia.

En primer lugar, se valorará el problema derivado de la comunicabilidad de la circunstancia agravante. Hay que tener en cuenta que nos encon-

tramos ante delitos en los que, en su ejecución, bien puede actuar un único sujeto individualmente, o bien pueden intervenir una pluralidad de personas que planifican y deciden actuar en grupo. Sin embargo, y dado que para aplicar la agravante al delito básico debe concurrir el motivo discriminatorio en el sujeto activo, y más si tenemos en cuenta la naturaleza subjetiva de la agravante, es necesario determinar si la circunstancia será comunicable a todas las personas intervinientes en el hecho y de qué modo.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta lo indicado *supra*⁴⁸⁴, y a fin de evitar incurrir en *bis in idem*, se procederá a la valoración de la posible concurrencia de la circunstancia con otras agravantes genéricas de la responsabilidad penal o con algunos delitos como los relacionados con la violencia de género o con los denominados delitos de odio. Todo ello a fin de resolver el conflicto de normas en el que podamos encontrarnos en cada caso.

2

Comunicabilidad

El hecho de que, al menos en uno de los sujetos intervinientes en la acción delictiva, exista la motivación discriminatoria para la comisión

484 *Vid.*; Parte II, Capítulo II, epígrafe 6.3.

del delito no supone que la agravante se aplique de manera automática a todos los intervinientes en el hecho típico. De este modo, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid ha apreciado la circunstancia agravante de discriminación por racismo a dos inductores del delito y sin embargo ha acordado absolver al autor del mismo⁴⁸⁵.

El artículo 65 del Código Penal, a efectos de determinar la comunicabilidad de las circunstancias agravantes al resto de partícipes en el hecho delictivo, diferencia entre aquellas que “consistan en cualquier causa de naturaleza personal” (en cuyo caso únicamente se aplicará a los sujetos en quienes concorra dicha causa) y las que “consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla” (que se aplicará a los sujetos que hubieren tenido conocimiento de dicha circunstancia en el momento de la acción o de su cooperación para el delito)⁴⁸⁶.

Este precepto, que pretende regular la transmisibilidad de las circunstancias al resto de partícipes del delito, está vinculado, tal y como lo determina la doctrina de manera unánime, al principio de culpabilidad, siendo así que “proyecta la vigencia de este principio en el ámbi-

485 Stc. de la AP de Madrid, Sección 29ª, núm. 53/2010, de 30 de junio. CJ 139217/2010.

486 Como indica QUINTERO OLIVARES, “el artículo 65 CP mantiene una regla clásica en nuestro derecho positivo sobre la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Esto es, se afirma la comunicabilidad a todos los partícipes de las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla (atenuantes o agravantes), siempre que conocieran los hechos que las fundamentan, y la incomunicabilidad de las personales que sólo podrán ser apreciadas en aquellos en quienes concurren” (Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit, pág. 390).

to de las circunstancias”⁴⁸⁷.

No obstante, hay que tener en consideración que la división que efectúa el artículo 65 entre “motivos personales”, por un lado, y “ejecución material” o “medios empleados” por otro, no debe relacionarse de manera directa con la naturaleza de cada circunstancia, esto es, naturaleza subjetiva u objetiva analizada con anterioridad⁴⁸⁸. Así como tampoco debe vincularse a si el fundamento de la agravante se ha determinado con base en la afección al injusto o al reproche al autor.

Ello supone, necesariamente, ante la inexistencia de una clasificación legal que determine qué circunstancias son las que corresponden al primer epígrafe del art. 65 y cuáles al segundo, con independencia de haber delimitado el fundamento y la naturaleza de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género, analizar qué elemento es el preponderante en cada caso.

El posicionamiento doctrinal al respecto no es unánime. Por un lado hay autores que concluyen que la circunstancia guarda relación con la ejecución material del hecho delictivo, y así, ARROYO DE LAS HERAS

487 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 94. En el mismo sentido, Bielsa Corella, María del Carmen: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 166.

488 En este sentido, SALINERO ALONSO indica que: “reiteramos que este precepto no clasifica las circunstancias en *subjetivas* y *objetivas* como tradicionalmente se ha entendido, sino en *personales*, párrafo primero— y relativas a la *ejecución del hecho* o a los *medios empleados* —párrafo segundo—, si que, como vimos, pueda equipararse subjetivo con personal y objetivo con impersonal”. Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 95.

indica que “es claro que será *transmisible* a los partícipes, ya sean o se consideren autores o cómplices, que hubieran tenido conocimiento, en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, de los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios que mueven al delincuente a la perpetración de la infracción penal (art. 65.2 del Código Penal)”⁴⁸⁹. En este mismo sentido se pronuncia mayoritariamente la jurisprudencia, refiriendo que se requiere que todos los sujetos a los que se les aplique la agravante deben haber tenido conocimiento durante la ejecución del hecho (bien durante la planificación en los momentos previos a su materialización o bien a lo largo de la propia ejecución) del motivo o móvil discriminatorio del hecho delictivo y, de este modo, ha indicado que:

“Para que concurra la xenofobia como agravante tal considerada, es preciso que se encuentre en la misma un cierto componente de carácter subjetivo en el comportamiento del autor o de los autores de los hechos. En este sentido, el comportamiento del autor o autores, debe de exteriorizar su voluntad de colocar al sujeto extranjero en situación de inferioridad, de humillación, de vejación o de menosprecio. En definitiva, a la condición objetiva de ser extranjera la víctima, habrá de ser añadida forzosamente la voluntad, el móvil, el motivo o la intención del autor o autores, al cometer el delito. La xenofobia como agravante penal, supone por tanto estar ante una actitud de menosprecio que conduce al autor de un hecho a actuar de-

489 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 113.

lictivamente. Siendo por tanto lo determinante, la motivación del autor en la comisión de ese delito, esto es, siendo lo determinante la causa que mueve a cometer el delito para cumplir con la conducta típica penal.

Para poder ser acogida la agravante de xenofobia es preciso, por tanto, que exista una especial predisposición del autor del delito que ha de traducirse en su posterior conducta.

En el caso de autos, el recurrente no consta que actuara por causa, motivo, móvil o consecuencia de ser sus víctimas ciudadanas de nacionalidad extranjera (a diferencia de lo que ocurriera con el también condenado Maximino quien al inicio ya comenzó diciendo que ‘no admitían a gitanas o moras o marroquíes’ y quien en todo momento profirió frases como ‘os vais a arrepentir de haber venido a España’).

La comunicabilidad de la agravante a todos los partícipes en la agresión ha de pasar por el previo o simultáneo conocimiento que habrían de tener del motivo por el que las agresiones se produjeron. Tan sólo de este modo el ahora recurrente podría haber sido considerado autor con la agravante debatida. Este Tribunal comparte la tesis que se sustenta por la defensa pues si bien puede entenderse que existiera un acuerdo tácito y sobrevenido en la conducta (como ya antes se señaló) no existe prueba que permita sostener tal acuerdo o al menos aceptación entre todos los acusados en relación al motivo inicial por el que uno de los acusados inició las agresiones. Prueba evidente de que ese acuerdo –sobre el móvil– no existió es que

las testigos no han hablado nada más del acusado Maximino como la persona que originariamente vertió las expresiones de ‘gitanos, moros o marroquíes’⁴⁹⁰.

Por el contrario, DÍAZ LÓPEZ entiende que dado que la circunstancia consiste en una causa de naturaleza personal, “desde el momento en que asumimos que se toman en consideración los *motivos*, hay que convenir en que el artículo 22.4^a es ‘*circunstancia personal en el sentido del artículo 65.1 y, por tanto, incomunicable*’. Es decir, para que al partícipe (o a un coautor) se le aplique la agravante, la cuestión radicará en dilucidar si *su* hecho lo cometió motivado por odio discriminatorio, con independencia de que concurriera esa motivación en el autor material del delito”⁴⁹¹.

Lo cierto es que la comunicabilidad de la circunstancia en los términos expresados en el segundo epígrafe del art. 65 del Código Penal, aunque se remita a los medios empleados en los hechos o a la ejecución material del delito, en definitiva se está refiriendo a la forma en la que se lleva a cabo o se realiza el hecho típico. Por ello, teniendo en

490 Stc. de la AP de Barcelona, Sección 7^a, núm. 24/2010, de 15 de enero. CJ 42591/2010.

491 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, cit., pág. 395. En el mismo sentido, Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 101.

De igual modo, GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA indican que “únicamente concurrirá en los partícipes que actuaran guiados por alguna de las motivaciones expresadas, sin que pueda alcanzar la agravante a los demás que no respondieran a aquella” (AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995...*, cit., pág. 233).

cuenta que la presente circunstancia, como se ha indicado al analizar la naturaleza jurídica de la misma, no se justifica por los medios comisivos, así como tampoco por la mayor gravedad del mal producido, no parece lógico relacionarla con este carácter.

Ello supone entender que efectivamente, y dado que la circunstancia agravante se remite a los motivos discriminatorios que han conducido, de manera preferente, a la conducta del sujeto activo que es constitutiva de delito, nos encontramos ante una agravante consistente en una causa personal. Lo que supone que la misma es reconducible al primer epígrafe del art. 65, de modo que solo podrá aplicarse a aquellos sujetos en los que concurra la motivación, y no frente a quienes carezcan de la misma aunque sean conocedores de que otros copartícipes actúan por ese motivo. De esta forma, si un sujeto quiere llevar a cabo un delito de lesiones frente a otro porque este segundo no cumple con el rol de género socialmente establecido y para ello cuenta con la colaboración de un tercero que actúa simplemente por la voluntad de llevar a cabo una actuación lesiva, sin otra motivación, no sería aplicable a este último la agravante de discriminación por razón de género.

Frente a este posicionamiento, LAURENZO COPELLO entiende que el haber fundamentado la circunstancia agravante en el incremento del injusto supone necesariamente aplicar la misma a todos los intervinientes en el hecho delictivo, sean o no conocedores de la motivación. Así, indica que “en la medida en que resulta intrascendente que en la víctima concurra o no la particularidad que lleva al autor a cometer el delito, se llega al absurdo resultado de tratar con la misma dureza al que realmente lesiona un bien esencial del sujeto pasivo que al que

sólo pone una condición indirecta para posibles ataques futuros contra alguna de las personas que realmente pertenezcan al colectivo que se pretendía agraviar. Es decir, trata igual los casos de efectiva lesión del bien protegido y aquéllos de mera puesta en peligro mediato. Estos inconvenientes se superan con la tesis que pone el acento en el desvalor adicional del injusto. Pero, a cambio, la circunstancia se amplía en el contexto de la participación. No veo que esta conclusión en sí misma sea inadecuada, ya que si se acepta que la producción de ese resultado adicional es merecedora de mayor sanción, no hay motivo para quitarle responsabilidad a los partícipes que conozcan ese aspecto del hecho al que contribuyen⁴⁹².

Sin embargo, en primer lugar, el artículo 65 impide aplicarla a aquellos en los que ni concurre la circunstancia ni son conocedores de la motivación del hecho delictivo, siendo que no es posible realizar dicha extensión de la agravante con base en el incremento del injusto, pues ello supondría una aplicación extensiva e *in malam partem* de las reglas de comunicabilidad establecidas en el precitado artículo 65. Pero a mayor abundamiento, no es posible realizar esa identificación automática entre fundamento, naturaleza y comunicabilidad, sino que como indica QUINTERO OLIVARES, “que unas y otras circunstancias explicitadas en el precepto no deben de identificarse automáticamente con una naturaleza objetiva o subjetiva es ya una conquista del desarrollo de nuestro pensamiento dogmático⁴⁹³. Pero además, y por

492 Lorenzo Copello, Patricia: “La discriminación en el Código Penal de 1995”..., *cit.*, pág 282.

493 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 403.

otro lado, como consecuencia de la reforma operada en el art. 65 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2003, se puede “extender” la circunstancia a la comunicabilidad de situaciones que aún siendo ‘personales’ se integran en lo injusto y éste a su vez puede alcanzar por accesoriidad al partícipe⁴⁹⁴.

En definitiva, que se haya fundamentado la circunstancia agravante en el incremento del injusto no afecta a la comunicabilidad de la misma, dado que como se ha indicado con anterioridad, la transmisibilidad al resto de partícipes, independientemente del fundamento, está “estrechamente vinculado al principio de culpabilidad”⁴⁹⁵.

3

Compatibilidad e inherencia

El hecho de que concurren todos los elementos exigidos por la circunstancia agravante no va a suponer en todos los casos su aplicación y, por tanto, el incremento de la pena en los términos contenidos en el artículo 66 del Código Penal. Hay casos, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, en los que la prohibición de incurrir

494 *Ibid.*, pág. 390.

495 Bielsa Corella, María del Carmen: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español...*, cit., pág. 166.

en *bis in idem* supone la no aplicación de la circunstancia agravante.

Estos supuestos son, por un lado, aquellos en los que nos encontramos ante un concurso de normas y por tanto habrá que analizar la compatibilidad entre circunstancias o, por otro, cuando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal⁴⁹⁶, “intervienen causas legales de ineficacia o de inaplicación”⁴⁹⁷, esto es, en virtud del principio de inherencia. A continuación se estudiarán estos casos dividiéndolos en dos grupos o clases, es decir, la posible compatibilidad de circunstancias por un lado, o aquellos casos en los que nos encontramos ciertamente ante la concurrencia del principio de inherencia.

3.1

CONCURSO DE NORMAS ENTRE DISTINTAS CIRCUNSTANCIAS

En el presente epígrafe, y como indica BORJA JIMÉNEZ “se toma en consideración el conjunto de circunstancias agravantes o atenuantes con las que la concreta causa de exasperación o mitigación penal se puede presentar y el grupo de aquéllas con las que, debido a determinados

496 El art. 67 CP indica que: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

497 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 120.

factores, no es posible que pueda concurrir”⁴⁹⁸. En definitiva, se trata de valorar la posible incompatibilidad de alguna o algunas de las circunstancias agravantes, siendo el resto aptas para concurrir con la de discriminación por razones de género.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia española “ha venido señalando que de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni tampoco pueden apreciarse como tales, aquellas que se hallen ligadas a otras, de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras”, de modo que para comprobar si dos circunstancias son o no compatibles “un ‘objeto de valoración’ solamente puede ser valorado una vez, y por tanto, únicamente podrá fundamentar una circunstancia”⁴⁹⁹.

Incompatibilidad que se resolverá entre circunstancias agravantes bajo las reglas del concurso aparente de normas penales con el fin de no incurrir en *bis in idem* cuando exista triple identidad de hecho, sujeto y fundamento.

3.1.1 Discriminación múltiple e interseccional

La circunstancia agravante de discriminación reconoce diversas motivaciones en el sujeto activo para la comisión del hecho delictivo. Razones estas que no deben concurrir todas ellas sino que son alter-

498 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, cit., pág. 72.

499 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 221.

nativas. De este modo, dicho precepto utiliza una conjunción disyuntiva, y no copulativa, entre los motivos (raza, antisemitismo, ideología, religión, creencias, razones de género, etc.). El problema puede surgir cuando distintos motivos de discriminación concurren en la acción del sujeto activo, existiendo lo que se denomina “discriminación múltiple”.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, hace referencia a este tipo de discriminación en su exposición de motivos, en la que refiere que “se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad”⁵⁰⁰.

Se puede definir la discriminación múltiple como “aquella situación en que se produce una discriminación por diversos motivos. La discriminación supone que una persona es tratada de forma menos favorable de lo que hubiera sido otra en su misma situación; la discriminación múltiple supone que dicha discriminación se debe a diferentes motivos”⁵⁰¹. Esto es, nos podemos encontrar con una mujer que es agredida al mismo tiempo porque no cumple con el rol de género establecido (por ejemplo está dirigiendo un partido de fútbol como árbitro en lugar de llevar a cabo en su domicilio funciones relacionadas con la

500 3er párrafo del epígrafe II de la Exposición de motivos de la LO 3/2007.

501 Salem, Sara: “Feminismo islámico, interseccionalidad y decolonialidad” en *Tabula Rasa*, núm. 21 julio-diciembre 2014, editada por la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca en Bogotá, Colombia, 2014, págs. 111 a 122. <http://www.redalyc.org/pdf/396/39633821006.pdf> (link consultado en fecha 18 de marzo de 2018).

limpieza o los cuidados) y es negra, siendo que es objeto de agresión porque concurren ambos elementos (no basta con el hecho de que en el sujeto pasivo concurren ambas circunstancias personales, sino que concurren en la motivación del sujeto activo).

La discriminación múltiple puede ser calificada como múltiple adicional (concurren de forma acumulada ambas circunstancias) o múltiple interseccional (coexisten varios motivos de discriminación que producen un único efecto, sin poder separar los mismos)⁵⁰².

En estos supuestos no es posible aplicar dos veces la misma agravante, ya que nos encontramos ante un mismo hecho, un mismo fundamento (el incremento de la lesión al bien jurídico protegido producido por la motivación discriminatoria del sujeto activo, bien se base en una razón o en varias al mismo tiempo) y los mismos sujetos. Además, hay que tener en cuenta que el propio legislador, de manera acertada, contempla en una única circunstancia agravante por discriminación distintos motivos para ello, sin separarlos en diferentes circunstancias. Ello no obsta a que en el momento de la determinación judicial de la pena, la

502 El concepto de discriminación interseccional o discriminación múltiple interseccional es acuñado por la feminista Kimberlé Williams CRENSHAW al analizar los motivos de discriminación de la mujeres negras en Estados Unidos de América y guarda relación con el hecho de que los sujetos están envueltos de múltiples rasgos o caracteres que confluyen (raza, sexo, religión, orientación sexual, identidad sexual, etc.) y cada uno de ellos están unidos de forma indivisible con el resto, formando así la identidad de cada sujeto. Para más información al respecto, resulta de interés Crenshaw, Kimberlé Williams: “Cartografiando los márgenes: interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color” en Platero Méndez, Raquel (Lucas): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editorial Bellaterra, Barcelona, 2012, págs. 87 a 122.

existencia de una discriminación múltiple pueda fundamentar un incremento de la pena dentro de los márgenes establecidos por el artículo 66 y 67 del Código Penal.

3.1.2 Discriminación por razón de sexo

Aunque como se ha indicado con anterioridad, no es posible aplicar dos veces la misma agravante para supuestos en los que se lleva a cabo la acción típica basándose en motivos de discriminación por razón de sexo y por razón de género, es necesario distinguir ambas razones, dado que a la hora de aplicar la circunstancia deberá determinarse cuál es el motivo de discriminación en virtud del cual se aplica la agravante genérica.

Parte de la doctrina ha valorado como innecesaria o superflua la inclusión en el art. 22.4ª de la agravación por razones de género al entender que la discriminación por sexo era adecuada a tal fin y no existía, en modo alguno, ningún tipo de vacío legal. En este sentido QUINTERO OLIVARES indica que “tras la Reforma de 2015, la agravante puede fundarse en discriminación por ‘sexo’ y por ‘género’, que se presentan como cosas distintas. Pero por más que se pueda decir que lo que abunda no estorba, es obligado reconocer que se parecen bastante, salvo que se quiera sostener que la agravación por sexo abarcaba tanto la discriminación por ser varón como por ser mujer, mientras que las razones de género no se basan en el sexo de la víctima, sino en la ideología del autor, que ha cometido el hecho impulsado por su ‘machismo’ o por su ‘feminismo’ (no hay base legal para limitar la agravante a la primera opción, aunque seguro que habrá partidarios de hacerlo así),

sin que nada tenga que ver el sexo de la víctima. En cualquier caso, no parece que hubiera un ‘vacío legal’ que exigiera una nueva intervención legislativa”⁵⁰³.

Tanto es así que incluso BORJA JIMÉNEZ ha llegado a indicar que “con la inclusión de la agravante de discriminación por razones de género no se va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua. La explicación de la inclusión de la referencia es meramente simbólica, en el sentido de que se quiere representar una vez más la decisión política de otorgar una protección diferenciada de los derechos de la mujer frente a esta violencia machista”⁵⁰⁴.

No obstante, si bien es cierto que son circunstancias que se parecen bastante, y en ocasiones de difícil diferenciación, el elemento divergente “radica en que el ‘género’ constituiría un conjunto de acciones discriminatorias diferentes de las relativas al factor ‘sexo’”⁵⁰⁵.

En definitiva, y como se ha manifestado *supra*⁵⁰⁶, no hay que identificar la discriminación por razón de sexo con la discriminación por

503 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 386.

504 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”..., *cit.*, pág. 122.

505 Aguilar Cárceles, Marta María en “Proposición para delinquir.”, *cit.*, pág. 62.

506 *Vid.*; En la recapitulación efectuada en la Primera Parte, Capítulo II, epígrafe 4.

razones de género, que se traducen en una motivación misógina⁵⁰⁷ o en una motivación machista, respectivamente. De este modo, y como indica GÓMEZ MARTÍN, “la presencia ahora del género tiene, pese a lo que pudiera parecer *prima facie*, tiene (*sic.*) sustantividad propia”⁵⁰⁸.

Como consecuencia de ello hay que tener en cuenta que, en primer lugar, lo que habrá que determinar es si efectivamente la motivación del sujeto activo ha sido atacar al sujeto pasivo como consecuencia de una aversión al sexo femenino al que pertenece el mismo, o si ha sido como consecuencia de que la persona objeto del delito no se ajusta a los roles de género socialmente establecidos. Así, un sujeto puede atender a bienes jurídicos de los que es titular una mujer pero porque la misma no lleva a cabo las tareas de cuidado socialmente atribuidas, y sin embargo no la hubiera atacado si se hubiera ajustado a estos.

Debemos tener en cuenta, además, y tal y como se ha indicado antes⁵⁰⁹, que aunque el epígrafe cuarto del artículo 22 del Código Penal utiliza conceptos neutros (raza, sexo, etc.), “todos los preceptos normativos dirigidos a prevenir aquel fenómeno [la discriminación] excluyen de su contenido a quienes conforman la identidad del grupo dominan-

507 Entendiendo misoginia como “aversión a las mujeres”, tal y como lo define la Real Academia de la Lengua Española en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española, editada en el año 2014, y que puede consultarse en el enlace web <http://dle.rae.es/?id=PP4dmnK> (link consultado en fecha 17 de marzo de 2018).

508 Gómez Martín, Víctor: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *RECPC*, número 18-20 (2016), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2016, pág. 18. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

509 *Vid.*; Segunda parte, capítulo III, epígrafe 5.

te”⁵¹⁰. Ello supone que en el caso de la discriminación por razón de sexo el sujeto pasivo únicamente podrá ser mujer mientras que en el segundo supuesto, la discriminación por razones de género, podrá ser hombre o mujer, siempre y cuando no se ajuste a los roles de género establecidos para su sexo.

No resulta así admisible en este sentido, la conclusión que alcanza BORJA JIMÉNEZ, que precisamente entiende que la discriminación por razón de sexo sería aplicable también al hombre mientras que la agravación por razones de género únicamente afectaría a las conductas “llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores”⁵¹¹.

3.1.3 La circunstancia mixta de parentesco

Con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, se introdujeron modificaciones en el ordenamiento jurídico penal, si bien no se hizo mediante la aprobación de una agravación genérica de la responsabilidad criminal, sino configurando figuras típicas específicas para aquellos supuestos en los que se venía produciendo un mayor número de agresiones en el ámbito de la violencia de género. En este sentido LAURENZO COPELLO

510 Lorenzo Copello, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, número 34, Madrid, 1999. pág. 19.

511 Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”..., *cit.*, pág. 122.

refiere que el legislador “apostó de forma decidida por las figuras género específicas como instrumento para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales, si bien la selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad sino de su frecuencia comisiva.”⁵¹².

Ello suponía que múltiples supuestos de violencia de género quedaban sin una regulación específica, a los que no se podía aplicar un tipo específico, ni una agravación genérica concreta como la pretendida durante la tramitación parlamentaria de la ley. No obstante, los tribunales, a esos casos de violencia de género no específicamente contemplados (homicidio, asesinato, agresiones sexuales, etc. cometidos por el hombre sobre quien es o ha sido su cónyuge o pareja sentimental en los términos contenidos en el art. 1 de la LMPIVG), venían aplicándoles la circunstancia mixta de parentesco como agravante⁵¹³.

512 Lorenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”..., *cit.*, pág. 786.

513 Hay que tener en cuenta que esta circunstancia se aplica, generalmente como agravante en los delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual del sujeto pasivo (siempre y cuando dichos hechos guarden relación con el vínculo existente entre los sujetos), y actúa como atenuante en los delitos contra el patrimonio. En este sentido, AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995...*, *cit.*, pág. 257; y Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 221.

Así, DOVAL PAIS indica que “con fundamento (aunque no sólo) en uno de los criterios (el de la *naturaleza* del delito), se ha venido considerando por la jurisprudencia que, como regla general, la circunstancia operará como agravante en los delitos *contra las personas* y como atenuante en los delitos contra el patrimonio cometidos

A modo de ejemplo, la Sentencia número 765/2011, de 19 de julio, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirma una condena por “un delito de violencia de género habitual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...] y como autor responsable de un delito de homicidio, también definido con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de parentesco, con efectos agravatorios, la circunstancia agravante de abuso de superioridad, y la atenuante analógica de colaboración con la Justicia”. De modo que, en caso de concurrir distintos delitos pero todos ellos relacionados con la violencia de género, condena por los específicamente regulados sin aplicar la agravante de parentesco, así como por los tipos no específicos agravados por la circunstancia mixta de parentesco.

Si bien la circunstancia mixta de parentesco se contemplaba inicialmente de manera única y exclusiva para las relaciones que permanecían en el momento de la comisión delictiva, y no para las relaciones sentimentales ya rotas, la misma fue modificada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta reforma va a permitir “la apreciación del parentesco como agravante a pesar de haber cesado el vínculo y la afectividad, señaladamente en aquellos delitos, como el de violencia doméstica, que precisamente se

sin violencia ni intimidación”. Doval Pais, Antonio: “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, en *Revista Penal*, editada por la Universidad de Huelva, número 6, Huelva, 2000, pág. 31.

cometen en atención al vínculo pasado”⁵¹⁴. De este modo, “la reforma operada por la LO 11/2003, obvia la anterior doctrina de esta Sala, relativa a la inaplicación de la agravante cuando se hubieran roto los lazos familiares (‘affectio maritalis’) entre agresor y víctima, para disponer la agravación tanto para los supuestos de existencia del vínculo conyugal o de la análoga relación de afectividad como cuando se es o se ‘ha sido’ cónyuge o persona que esté o ‘haya estado’ ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”⁵¹⁵.

En este sentido, la propia ley, en su exposición de motivos refiere que:

“El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos

514 Rubiales Béjar, Esther Evelia: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español*, dirigida por Lorenzo Morillas Cueva, Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 2005, pág. 67. <http://hera.ugr.es/tesisugr/15521230.pdf> (web consultada el 17 de marzo de 2018).

515 Stc. TS, Sala 2ª, núm. 662/2013, de 18 de julio. CJ 121623/2013.

preventivos y represivos”⁵¹⁶.

Tal fue la pretensión de vincular la reforma de la circunstancia mixta con los supuestos de violencia doméstica y violencia de género que la Comisión de Justicia e Interior, en su Informe sobre la ley, indicó que:

“la responsabilidad penal se podrá atenuar o agravar no sólo por ser sino también por haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad o tener relación de parentesco, no sólo con el ofensor sino también con su cónyuge o conviviente. Se proporciona así la necesaria protección a la mujer frente a las agresiones de su antigua pareja”⁵¹⁷.

En definitiva, con esta reforma, el legislador pretendió aplicar la circunstancia mixta a aquellos supuestos relacionados con la violencia doméstica y la violencia de género a los sujetos en los que en el momento de los hechos delictivos se había roto la relación de parentesco, evitando así la doctrina jurisprudencial existente en ese momento por la que no resultaba de aplicación a dichos casos. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado que:

516 Epígrafe III de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

517 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, 17 de junio de 2003, número 776, pág. 24.681.

“después de la reforma legal operada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, inalterada con la posterior de la Ley Orgánica núm. 1 de 28-12-2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el art. 23 del Código penal, presenta otra redacción en sintonía con el art. 173.2 CP, con la que se pretende intensificar la respuesta penológica a situaciones que desembocaban en gravísimos atentados dentro del círculo familiar (violencia de género). El legislador objetivó la circunstancia y minimizó, hasta anular, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio”⁵¹⁸.

Con la modificación de la circunstancia cuarta del artículo 22 del Código Penal, y la introducción de las razones de género como motivo de discriminación, la mayoría de la doctrina entendía que la circunstancia mixta de parentesco iba a ser desplazada en favor de esta. Así, DÍAZ LÓPEZ indicaba que “la introducción del género en el artículo 22.4ª CP desplazará en beneficio de esta agravante la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, en su vertiente de agravante, que también se aplica cuando concurren determinadas motivaciones”⁵¹⁹.

518 Stc. TS, Sala 2ª, núm. 663/2013, de 23 de julio. CJ 120751/2013.

519 Conferencia de Díaz López, Juan Alberto, *La reforma de la agravante genérica de discriminación*, realizada el pasado 22 de junio de 2015 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Resumen de la conferencia en el link <http://>

No obstante, la jurisprudencia menor está aplicando ambas circunstancias, la consistente en la discriminación por razones de género y la circunstancia mixta de parentesco, en su modalidad de agravación, apreciando que las mismas son compatibles por entender que el fundamento es distinto en ambas y que, por lo tanto nos encontraríamos ante un concurso de agravantes, y no de normas, que no infringiría la prohibición de incurrir en *bis in idem*⁵²⁰. Así, se indica que:

litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/ (enlace consultado el 26 de diciembre de 2017).

En el mismo sentido, BORJA JIMÉNEZ indica que “habrá que concluir que a partir de la entrada en vigor de la reforma, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4ª y no por el 23, que debiera haber sido reformado para evitar la duplicidad de regulaciones”. Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”..., *cit.*, pág. 122.

Igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO indica que “lo razonable será entender que esta circunstancia es incompatible con el parentesco, apreciado como agravante, quedando esta última como circunstancia recogida para aquellos casos en los que no se puedan acreditar los móviles de género”. Fernández Teruelo, Javier Gustavo: *Análisis de feminicidios de género en España entre el período 2000-2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

520 Así, y teniendo en cuenta el poco tiempo de la vigencia de la reforma, lo encontramos en:

Stc. AP Sta. Cruz de Tenerife, Sección 5ª, núm. 64/2017, de 23 de febrero. CJ 4907/2017.

Stc. AP Valencia, Sección 2ª, núm. 145/2017, de 3 de marzo. EDJ 2017/90180.

Stc. AP Cuenca, Sección 1ª, núm. 26/2017, de 7 de noviembre.

Stc. AP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 350/2017, de 30 de noviembre. CJ 197129/2017.

Stc. AP Madrid, Sección 27ª, núm. 743/2017, de 1 de diciembre. EDJ 2017/249156.

No obstante, no aplica ambas agravantes la Stc. AP Asturias, Sección 8ª, núm. 2/2018, de 26 de enero [CJ 5454/2018], si bien porque “a pesar de declarar probado que entre Carla y Jerónimo hubo una relación sentimental seria, estable y con vocación de permanencia, no aprecia la concurrencia de la agravante de parentesco propuesta por las

“Con respecto a la aplicación de esta circunstancia agravante por discriminación, así como sobre su posible *compatibilidad con la también agravante de parentesco*, ya comentada, resulta significativo referirse al apartado de definiciones del propio Convenio de Estambul, que en su artículo 3 introduce la siguientes diferenciaciones ‘a) Por ‘violencia contra la mujer’ se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada, b) Por ‘violencia doméstica’ se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. c) Por ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, d) Por ‘violencia contra la mujer por razones de género’ se entenderá toda violencia contra una mujer porque a una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcio-

dos acusaciones, probablemente por considerar que, en este caso, esa relación sentimental, rota por Carla fue lo que frustró al acusado y le llevó a preparar y cometer el crimen, es el presupuesto necesario de la agravante de discriminación por razón de género, sí apreciada y que por tanto absorbe a la de parentesco”.

nada'. Siguiendo este cuadro de definiciones, puede observarse que la citada agravación, por razón de circunstancias de género o incluso de sexo, quedaría vinculada a las definiciones a), c) y d), pudiendo asociarse la b) con la agravante genérica por razón de parentesco. De hecho, en nuestro sistema penal, estos fundamentos de violencia sobre la mujer y de género, quedan reflejados en la tipificación de algunas conductas penales, introduciendo un tratamiento discriminado según el sujeto pasivo del delito sea una mujer y, en general, agravando alguno de este tipo de comportamientos, generalmente en los delitos de menor gravedad: maltratos, lesiones de menor entidad, amenazas, coacciones, conductas de acoso... Estas agravaciones, vinculadas a situaciones de violencia sobre la mujer (aunque también en violencia doméstica...), inciden en comportamientos penales de menor gravedad, pero han dejado fuera de esta repercusión típica conductas más graves, como sucede en las lesiones más graves, en el homicidio o el asesinato. No existiendo un tratamiento específico para estos delitos más graves, en circunstancias en que pueda apreciarse una situación de violencia contra la mujer por razón de género, debe defenderse la compatibilidad entre la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Todo ello teniendo en cuenta que a diferencia de lo que sucede en otros tipos penales específicos, este singular tratamiento para esta modalidad delictiva no figura reflejado ni en el tipo penal del

asesinato, ni tampoco en la citada agravante de parentesco⁵²¹.

Entiendo que dicha conclusión vulnera el principio de prohibición de incurrir en *bis in idem* y que debería optarse, como indica la mayoría de la doctrina, por la aplicación de la agravante de discriminación por razones de género contenida en el art. 22.4^a del Código Penal, desplazando así la intervención de la circunstancia mixta de parentesco.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en la modificación de la circunstancia mixta de parentesco por la que se introducen las relaciones sentimentales pasadas, como indica MARÍN DE ESPINOSA, el “propósito que animó al legislador fue combatir la violencia de género, ya que la experiencia enseña que, en el momento en que las víctimas de violencia de género deciden poner fin a la situación de maltrato, se produce un incremento significativo del número de víctimas mortales. Sin embargo, debe repararse en que esta circunstancia ‘genérica’ se habrá de aplicar, también, a otras situaciones distintas de las de violencia de género, lo que dificulta la justificación del incremento o disminución de la pena por haber mantenido en el pasado una relación de afectividad⁵²². Circunstancia esta que puede apreciarse atendiendo

521 Stc. AP Sta. Cruz de Tenerife, Sección 5^a, núm. 64/2017, de 23 de febrero. CJ 4907/2017.

522 Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal...*, cit., pág. 222.

En el mismo sentido, BIELSA CORELLA indica que “el fundamento material de esta ampliación [la de la lo 11/2003] reside en la necesidad de incrementar la pena no sólo en los casos en que subsiste un vínculo jurídico o fáctico entre el agresor y la víctima, sino también en aquellos supuestos en los que el agresor actúa sobre una persona con

a la propia exposición de motivos de la LO 11/2003. En definitiva, lo que el legislador pretendió en el año 2003 no fue sino incluir por medio de la circunstancia mixta, las agresiones de violencia de género (así como las de violencia en el ámbito familiar) que carecían de especial regulación en el Código Penal.

Además, la propia introducción de este tipo de relaciones en la circunstancia supone una modificación en la justificación de la misma, de modo que ya no puede basarse en la confianza existente entre los sujetos intervinientes. Esto es, “el fundamento de la agravación no radica en el prevalimiento de una relación de confianza. Es independiente la agravación de la subsistencia o no de cierta *affectio*. Aún en caso de enemistad, animadversión, o desaparición de todo sentimiento de afecto, la mera cualidad de ex-cónyuge o persona que haya estado ligada por análoga relación de afectividad determina la agravación”⁵²³. Así, la reforma va “a cambiar el fundamento de la misma que pasa de ser la afectividad, reconocida por el Tribunal Supremo en sendos pronunciamientos, a ser el aprovechamiento de la relación parental y no parental para favorecer la comisión del hecho delictivo”⁵²⁴.

la cual ya ha dejado de tener tal relación. La comprobación empírica de que muchas de las manifestaciones de la violencia doméstica aparecen durante la materialización de crisis matrimoniales tales como los procesos de separación o divorcio, o análogas, ha llevado a legitimar una intervención punitiva más intensa en los momentos en que se ha demostrado que existe un mayor peligro para la vida, la salud o la integridad de la víctima (ley de violencia de género)” –Bielsa Corella, María del Carmen: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español...*, cit., pág. 418.

523 Stc. TS, Sala 2ª, núm. 112/2015, de 10 de febrero. CJ 18061/2015.

524 Rubiales Béjar, Esther Evelia: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español...*, cit., pág. 11.

Por otro lado, el propio art. 23, al referirse a que la circunstancia tendrá carácter atenuatoria o agravatorio, se remite a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito. En este sentido, y como indican GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER, “*naturaleza* ha de entenderse referida a la clase de infracción perpetrada, considerando especialmente el bien jurídico atacado. El término *motivos* equivale a los móviles que impulsaron al sujeto. Y en cuanto a la expresión *efectos* apunta no al resultado, sino a las consecuencias de toda especie generadas por la infracción”⁵²⁵. De este modo, ambas circunstancias, la reconocida en el art. 22.4º y la mixta de parentesco, se remiten a los móviles en virtud de los cuales ha actuado el sujeto activo del delito.

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que tener en consideración que la violencia de género en el ámbito doméstico o familiar no es sino una expresión (y puede que la más habitual) de la violencia sobre la mujer por razones de género. En este sentido, el art. 3.d) del Convenio de Estambul define “violencia contra las mujeres por razones de género” como “aquella violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, siendo que en el artículo 2 del mismo declara que la violencia doméstica “afecta a las mujeres de manera desproporcionada” y en su preámbulo reconoce que “la violencia doméstica afecta a la mujeres de manera desproporcionada”. En definitiva, la violencia que se ejerce sobre la mujer en el ámbito doméstico o familiar por parte de quien es o ha sido su cónyuge o pareja sentimental es una expresión, entre otras, de la violencia sobre la

525 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 535.

mujer por razones de género. De este modo, el fundamento pasaría a ser el mismo en ambos casos, tanto en la agravante de discriminación como en la de parentesco, esto es, el aprovechamiento de la situación de parentalidad para ejercer la dominación en el sujeto pasivo, mujer, con el fin de que se adecúe al rol de género establecido de sumisión y obediencia al cónyuge, excónyuge, pareja o expareja varón.

Así, y pese al posicionamiento jurisprudencial existente al respecto en las diferentes Audiencias Provinciales, referido con anterioridad, debemos entender que no es compatible la concurrencia de ambas agravantes, debiendo aplicarse la agravante genérica de discriminación por razones de género en virtud del principio de especialidad reconocido en el artículo 8.1ª del Código Penal.

3.1.4 Abuso de superioridad

Como tuvimos ocasión de comprobar en los antecedentes históricos de la agravante de discriminación por razón de género, y se hacía referencia a la antigua circunstancia modificativa, cuando se derogó la antigua agravante consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, parte de los motivos en contra de ello era precisamente la consideración de la mujer como un sujeto de mayor debilidad física. Tanto es así que se defendió el mantenimiento de esta agravación de la pena “porque no implica una discriminación de sexos sino, por el contrario, un reconocimiento de la mayor debilidad de la estructura orgánica del sexo femenino, sobre todo en deter-

minados momentos de su vida”⁵²⁶. Mientras que de contrario se manifestaba que en la medida se tratase de abuso de superioridad física, ya está contemplada esta circunstancia en el Código Penal, a través del agravante de actuar o cometer el delito con abuso de superioridad”⁵²⁷.

Ello supone necesariamente analizar si efectivamente es compatible la aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad y la de discriminación por razón de género.

Para la aplicación de la circunstancia agravante consistente en la ejecución del hecho con abuso de superioridad se exige la concurrencia de cuatro elementos, esto es, la existencia de una situación objetiva de superioridad, la disminución de las posibilidades de defensa de la persona ofendida, conocimiento de dicho desequilibrio de fuerzas por parte del sujeto activo y, en último lugar, que la superioridad no sea inherente al delito. Así, el Tribunal Supremo ha indicado que:

“La circunstancia agravante de abuso de superioridad requiere para su aplicación con arreglo a constante doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 2 Feb. 1988; 29 Oct. 1989; 25 Dic. 1991; 728/1994, de 5 Abr.; 2111/1994, de 30 Nov.; 730/1995, de 5 Jun. y 354/1996, de 27 Abr. y 12 Mar. 1998), la concurrencia

526 Declaración en el Pleno de la Comisión de Justicia e Interior del representante del Grupo Parlamentario Popular. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, 13 de abril de 1983, número 16, pág. 558.

527 Declaración en el Pleno de la Comisión de Justicia e Interior del representante del Grupo Vasco, el diputado Granados Calero. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, 13 de abril de 1983, número 16, pág. 558.

de estos requisitos: 1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); 2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una ‘alevosía menor’ o de ‘segundo grado’; 3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito; y 4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así”⁵²⁸.

Partiendo del primero de los requisitos, y es el que puede guardar relación con la circunstancia agravante de discriminación, hay que tener en cuenta que la misma consiste en ejecutar el hecho con abuso

528 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 617/2012, de 17 de julio. CJ 110537/2012.

de superioridad, reconocida en el epígrafe segundo del artículo 22 del Código Penal, y concurre “cuando la defensa de la víctima quede ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que por ello obtiene una mayor facilidad para cometer el delito”⁵²⁹. O como indica BIELSA CORELLA, “se requiere una notoria desproporción o desequilibrio de fuerzas entre el sujeto activo y pasivo”⁵³⁰. Por ello, lo que hay que determinar es si esa ‘superioridad personal’ puede entenderse como inherente a la superioridad física del hombre sobre la mujer.

La circunstancia consistente en el abuso de superioridad (también denominada “alevosía de segundo grado”⁵³¹ o “alevosía menor”⁵³²) supone así la necesidad de una situación de dominio que puede derivarse, entre otros, de una superioridad personal. Sin embargo, y aunque en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha llegado a considerar como alguno de los motivos la “eventual superioridad personal derivable de la diferencia de sexos”⁵³³, no ha sido la misma suficiente, debiendo concurrir otros elementos que conduzcan a entender que efectivamente se ha producido esa desproporcional debilidad del sujeto pasivo.

529 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 529.

530 Bielsa Corella, María del Carmen: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español...*, cit., pág. 302.

531 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, cit., pág. 381.

532 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 529.

533 Stc. del TS, Sala 2ª, de 25 de septiembre de 1986. CJ 11333-JF/0000.

Ciertamente, dicho extremo supondría una presunción contraria al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, siendo que no es posible determinar, con carácter general, que exista esa posible superioridad física por razón del sexo de la víctima del hombre sobre la mujer.

No obstante, existen dos motivos adicionales para entender que la discriminación por razones de género no lleva implícita la situación de inferioridad del sujeto pasivo con respecto al sujeto activo del delito.

Por un lado, no nos encontramos ante una discriminación por razón de sexo, tal y como hemos tenido ocasión de describir a lo largo del presente trabajo, por lo que aunque, dicho sea a los meros efectos dialécticos y sin compartir dicha conclusión, se entendiera que existe con carácter general una superioridad física del hombre sobre la mujer, en nada afectaría a la presente causa de discriminación, que se basa no en el sexo sino en razones de género.

Pero además, hay que tener en cuenta la diferente fundamentación entre la circunstancia agravante consistente en la ejecución del hecho con abuso de superioridad y la discriminación por razones de género, que permite la compatibilidad de ambas circunstancias, dado que no se cumpliría con uno de los elementos necesarios para entender que se incurriría en *bis in idem*, esto es, la identidad de fundamento. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que ambas circunstancias, abuso de superioridad y discriminación, son compatibles dado que “la agravación no procede del desequilibrio de fuerzas entre los sujetos activo y pasivo ni en la mayor debilidad o desvalimiento de este último, lo que en su caso puede hacer entrar en juego la agravante de

abuso de superioridad, sino de que el autor haya decidido en último término cometer el delito por la condición personal de la víctima”⁵³⁴.

En definitiva, y como refiere ARROYO DE LAS HERAS, “debe desterrarse cualquier intento de fundamentar la agravación en la mayor debilidad física de la víctima, no sólo porque tal hecho sirve ya de fundamento a otra circunstancia de agravación que hay que estimar preferente (abuso de superioridad), sino también porque, junto a las citadas circunstancias de la víctima, el legislador consigna otras, como la raza, la ideología, la religión, las creencias, la nación y la orientación sexual que no sugieren la idea de desvalimiento o inferioridad física”⁵³⁵.

3.2

PRINCIPIO DE INHERENCIA: LA AGRAVACIÓN GENÉRICA Y LOS TIPOS BÁSICOS

La prohibición de incurrir en *bis in idem* no solo afecta a la incompatibilidad entre las diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino también entre la propia agravante y los tipos delictivos a los que puede afectar como elemento accesorio. En este sentido, estaríamos hablando del referido principio de inherencia con-

534 Rodríguez Mourullo, Gonzalo: “Comentario al artículo 22.4ª CP” en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 138.

535 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., *cit.*, pág. 112.

templado en el artículo 67 del Código Penal, en virtud del cual no tendrán efecto las circunstancias agravantes “que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. En definitiva, nos podemos encontrar con el hecho de que “la imposibilidad de aplicación deriva de la existencia de un ámbito común entre la causa modificativa de la pena y la figura delictiva. [...] Si las circunstancias son elementos accidentales del delito, necesariamente tienen que aportar un factor añadido que justifique la menor o mayor cuantía de la pena. Cuando dicha circunstancia (o su fundamento, naturaleza, lógica o descripción material) se encuentra ya en la misma figura delictiva, la atenuante o agravante deja de ser ‘elemento accidental’ que aporta algo nuevo al hecho punible, en la medida en que su esencia valorativa queda absorbida por éste. Y si no aporta nada al delito, deja sin razón de ser el efecto que le es propio (atenuar o agravar la pena). La consecuencia lógica es que en estos supuestos no se aplica la correspondiente circunstancia”⁵³⁶.

Valoraremos a continuación algunos tipos delictivos en los que puede ser de aplicación el principio de inherencia en virtud del cual no pueda aplicarse la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, teniendo en cuenta primero los supuestos de inherencia expresa (la circunstancia ya se contiene en la propia descripción del tipo) y a continuación los de inherencia tácita⁵³⁷ (sin describirse

536 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, cit., pág. 58.

537 Como refiere GONZÁLEZ CUSSAC, “casos en los que las circunstancias agravantes sean de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia no hubieran podido cometerse. Esta regla está también basada en el principio de ‘en bis in idem’ y comporta

en la acción típica del delito que pretende agravar, resulta inseparable del hecho).

3.2.1 Los delitos de violencia de género

El legislador español, como ya se ha comentado en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, ha optado por un doble sistema para la persecución de “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”⁵³⁸. Esto es, por un lado, la tipificación de determinadas conductas de manera autónoma tomando en consideración un criterio basado única y exclusivamente en la frecuencia comisiva, y, por otro, el mantenimiento de una agravación genérica para los supuestos no expresamente contemplados⁵³⁹.

propia­mente una ‘inherencia tácita o propiamente dicha’, cuando una determinada figura, a pesar de que expresamente no requiera la presencia de ninguna agravante genérica, no puede ser realizada sin su concurso. Sucede así, en la astucia (10,7) en el delito de estafa; la publicidad (10,4) en la calumnia; el carácter público (10,10) en los delitos de los funcionarios públicos (Títulos VII, Libro II), y, en general, cualquiera que sea necesario para cometer el delito”. González Cussac, José Luis: *Teoría general..., cit.*, pág. 213.

538 Art. 1 LMPIVG.

539 Agravación que, como hemos visto, inicialmente se llevaba a cabo por medio de la circunstancia mixta de parentesco y en estos momentos debería reconducirse a la circunstancia de discriminación por razones de género (art. 22.4ª CP).

En este sentido, los tipos género-específicos en materia de violencia de género son los siguientes:

— Delito de lesiones reconocido en el artículo 148.4º del Código Penal en relación con el 147 del mismo texto legal:

“Las lesiones previstas en el apartado 1⁵⁴⁰ del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

— Delito de malos tratos ocasionales sobre la mujer regulado en el artículo 153.1 del Código Penal:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada

540 “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

— Delito de amenazas sobre la mujer, regulado en el artículo 171.4 del Código Penal:

“El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

— Delito de coacciones leves sobre la mujer, regulado en el artículo 172.2 del Código Penal:

“El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Algún autor relaciona los tipos género-específicos con los reconocidos en el art. 87.ter.1 de la LOPJ, sin embargo, hay que tener en cuenta que dicho precepto, destinado a determinar la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se refiere expresamente a tipos delictivos respecto de los cuales se carece de una especial regulación en materia de violencia de género, como es el delito de homicidio. Por tanto, no se puede compartir la conclusión alcanzada por MARTÍNEZ SÁNCHEZ al indicar que “en aquellos delitos que ya vienen específicamente agravados en el CP por constituir violencia de género contra las mujeres por su pareja o ex pareja, en el ámbito jurisdiccional establecido por el artículo 87 ter 1^{a541} de la Ley Orgánica del Poder Judicial

541 Artículo 87 ter LOPJ:

“1.Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

(LOPJ, en adelante), no se aplicaría la agravante de género, pues vulneraría el principio ‘non bis in ídem’⁵⁴². Tanto es así que esta misma autora, al referirse a los preceptos afectados, se limita a indicar que

-
- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
 - b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
 - c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
 - d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.
 - e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.
 - f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.
 - g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”.

542 Martínez Sánchez, M^a Teresa: *Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting*, editorial El Derecho,

no podría apreciarse a los contemplados en los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2 (siendo además que este último tampoco regula única y exclusivamente la violencia habitual por razones de género, sino en el ámbito familiar o asimilado).

En este sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA indica en relación con el artículo 87.ter de la LOPJ que “no todo lo que sea competencia de los nuevos juzgados ha de entenderse como violencia de género” aunque “su instrucción corresponde a los nuevos Juzgados que atraen hacia su competencia todas las cuestiones, penales y civiles, que afecten a las relaciones familiares, aunque no sean expresión de la violencia de género. Esto obedece al principio rector o finalidad perseguida por la Ley de ‘Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género’ (art. 2 g) de la LOVG), aunque finalmente en lo procesal se haya sobrepasado ese ámbito”⁵⁴³.

Si bien, en estos delitos no se efectúa expresa referencia al género o discriminación por razones de género en los términos contenidos en el Convenio de Estambul, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, al valorar la constitucionalidad de la LMPIVG indicó que en estos tipos penales:

“No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración efectos agravatorios, sino el ca-

Madrid, 2016 – http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Reforma-Codigo-Penal-violencia-genero-delitos-stalking-sexting_11_1026805001.html)

543 Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli en AAVV: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 23.

rácter 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 de 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”⁵⁴⁴.

El legislador, al introducir estos tipos delictivos, está regulando específicamente determinados supuestos de la violencia que se ejerce sobre la mujer en el ámbito doméstico o familiar por parte de quien es o ha sido su cónyuge o pareja sentimental como una expresión, entre otras, de la violencia por razones de género. En este sentido, la Audiencia Provincial de León ha indicado que:

“Naturalmente, dicha agravante no se podrá aplicar en los delitos recogidos en los artículos 153, 171, 172 y 173,2º del Código Penal , porque se vulneraría el principio *non bis in idem*, pero lo cierto es que su incorporación al elenco legal y taxativo de circunstancias agravantes supone el reconocimiento por parte del legislador de la sustantividad e independencia de ese elemento subjetivo del injusto, que, en algunas infracciones penales debe operar como un elemento del tipo, y en otras como una circunstancia genérica modificativa de

544 STC, Pleno, 59/2008, de 14 de mayo. CJ 31895/2008.

la responsabilidad criminal”⁵⁴⁵.

De este modo, DÍAZ LÓPEZ ya advertía antes de la reforma del Código Penal efectuada mediante LO 1/2015, que la agravante de discriminación por razón de sexo (dado que aún no estaban introducidas las razones de género) no podía aplicarse en los delitos de violencia de género como consecuencia del principio de inherencia, siendo que precisamente la inclusión actual de las razones de género motivan la inaplicación de la circunstancia conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal⁵⁴⁶.

545 Stc. AP de León, Sección 3ª, núm. 35/2016, de 1 de febrero. CJ 5687/2016. No obstante, indicar que en esta sentencia se omiten delitos relacionados con la violencia de género (art. 148. 4º CP) e incluye el delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado (art. 173.2 CP) en el que no existe una regulación específica de violencia de género.

546 De este modo, y analizando el problema existente al reconocer en ese momento únicamente la discriminación por razón de sexo y no de género, indicaba que: “no radica el fundamento de estos delitos en que el autor actúe con una determinada *motivación discriminatoria por razón del sexo de la víctima*, sino en que se haya producido previamente a la comisión del delito un *contexto de dominación por razón de género*. Un contexto para cuya determinación no han de influir necesariamente las motivaciones del autor. Ahora bien, tanto el fundamento de esos delitos como el de la circunstancia agravante se encuentran fuertemente vinculados al principio de igualdad (en una por razón de sexo, en otros por razón de género). Aunque el fundamento no sea idéntico, y no pueda por ello hablarse de vulneración de *bis in idem* en sentido estricto, considero –contrariamente a un muy respetable sector– que sí puede operar aquí el principio de inherencia, por la importancia del de insignificancia: de no aplicar la circunstancia agravante, se estaría condenando conforme a un delito que ya justifica su existencia en la prevalencia del principio de igualdad en un Estado liberal-democrático. Que sea por género o sexo implica, efectivamente, un fundamento diferente, pero lo suficientemente cercano como para poder hablar de inherencia”. Díaz López, Juan Alberto: *El odio*

En definitiva, el principio de inherencia y, por tanto, la prohibición de incurrir en *bis in idem*, suponen necesariamente que la agravante genérica de discriminación por razones de género no pueda concurrir en los delitos reconocidos en los arts. 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal.

3.2.2 Los delitos de odio

Partiendo de la definición de los *hate crimes* o delitos de odio facilitada por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), estos se corresponden con cualquier infracción penal (contra las personas o las propiedades), donde la víctima, el local o el objetivo se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a algún grupo social cuyos miembros tienen una característica común como su raza real o percibida, origen nacional o étnico, lenguaje, color de piel, religión, sexo, edad, discapacidad intelectual o física, orientación sexual u otro factor similar. Motivo por el que dicho organismo, “consciente de la importancia de que se disponga de normas legales contra los delitos motivados por el odio” exigió a los Estados participantes que informasen a la OIDDH sobre su normativa legal contra los delitos motivados por la intolerancia o la discriminación, y solicitaran la asistencia de la OIDDH en la preparación y examen de toda nueva ley al respecto⁵⁴⁷.

discriminatorio como agravante penal..., cit., pág. 395. En el mismo sentido, Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 332.

547 Decisión núm. 4/03, *Tolerancia y no discriminación*, adoptada en la Undécima Reunión del Consejo Ministerial de la OSCE celebrada en fechas 1 y 2 de diciembre de

La actual regulación en el Código Penal de los delitos de odio, y que ha sufrido su última modificación mediante la Ley Orgánica 1/2015 trae causa, tal y como indica el propio preámbulo, “en la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre⁵⁴⁸, [que] impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico”⁵⁴⁹.

La referida Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea⁵⁵⁰, en su artículo 1.1 limita su objeto a los delitos cometidos contra las personas o grupos definidos en relación a su raza, color, religión, ascendencia, origen nacional o étnico, si bien, el legislador español, al transponer la misma, ha ampliado el grupo de sujetos que, por sus características,

2003 en Maastricht (<https://www.osce.org/es/mc/40537?download=true>).

548 La STC, de Pleno, núm. 35/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio reconocido en el art. 607.2 CP vigente en ese momento por ser contrario a la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1.a) CE. Análisis de dicha sentencia en Suárez Espino, María Lidia: “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, en *Revista Indret para el Análisis del Derecho*, núm. 2/2008 Barcelona, abril de 2008 (http://www.indret.com/pdf/524_es.pdf; enlace web consultado en fecha 2 de abril de 2018).

549 Exponiendo XXVI del Preámbulo de la LO 1/2015.

550 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

reales o percibidas, puedan ser objeto de delitos por discriminación. En este sentido, hay que tener en cuenta que, como indica GÓMEZ MARTÍN, esta Decisión Marco no restringe “la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna”⁵⁵¹.

Todos estos delitos tienen en común que el sujeto activo actúa por un “motivo rechazado por la sociedad ya que puede conducir a un trato diferente y perjudicial de personas, grupos e instituciones. Odio equivale, por tanto, a ‘aversión discriminatoria”⁵⁵².

Aunque se ha contemplado en estos últimos años “la posibilidad de crear una figura típica autónoma (discriminación por cualquier causa)”⁵⁵³, actualmente, además de la agravante genérica de discriminación contenida en el artículo 22.4^a del Código Penal, existen tipos género-específicos difuminados en todo el texto punitivo. En concreto, los contemplados en los artículos 170.1⁵⁵⁴, 174⁵⁵⁵, 197.5⁵⁵⁶, 314⁵⁵⁷, 510⁵⁵⁸,

551 Gómez Martín, Víctor: “Incitación al odio y género...”, *cit.*, pág. 4.

552 Fuentes Osorio, Juan Luis: “El odio como delito”, en *RECPC* número 19-27 (2017), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2017, pág. 4. <http://criminol.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

553 Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal...*, *cit.*, pág. 384.

554 Art. 170.1 CP: “Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.”

555 Art. 174 CP: “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona

o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años”.

556 En relación con el delito de revelación de secretos, el art. 197.5 CP establece que “cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

557 Art. 314 CP: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

558 Art. 510 CP:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.
- b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase

de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2.Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional,

511⁵⁵⁹, 512⁵⁶⁰, 515.4⁵⁶¹, 522 a 526⁵⁶², 607⁵⁶³ y 607 *bis*⁵⁶⁴, todos ellos del Código Penal.

su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

559 Art. 511 CP:

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

560 Art. 512 CP: “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”.

561 El art. 515.4 CP declara punibles las asociaciones ilícitas considerando como tal, entre otras, “las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad”.

En este sentido, como indica ARROYO DE LAS HERAS, existen diferentes tipos delictivos que no son más que manifestaciones concretas de actitudes discriminatorias y en los que, por ser inherente la motivación que constituye el fundamento de la agravación a la estructura misma de la infracción, no podrá, en modo alguno, apreciarse la circunstancia agravante que nos ocupa. Así, los delitos de discriminación en el empleo (art. 314), la provocación a la discriminación contra grupos o asociaciones (art. 510), la denegación de prestaciones por alguno de los motivos comprendidos en la agravante (arts. 511 y 512), las asociaciones ilícitas que promueven la discriminación (art. 515.4º) y los delitos de genocidio (art. 607). Tampoco parece que pueda ser apre-

562 Dichos preceptos regulan los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, si bien, y dado que no guardan relación con las razones de género como motivo de discriminación no se reproducen en el presente estudio.

563 El delito de genocidio, regulado en el art. 607 no afecta a las razones de género como motivo de discriminación, ya que, partiendo de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la ONU en 1948 se remite en su artículo II a los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos como los grupos de sujetos que pueden padecerlos, si bien el legislador español ha añadido a dicho listado el genocidio por la afección de la discapacidad de los integrantes del grupo al que se pretende destruir, total o parcialmente.

564 El art. 607.bis.1 indica que “Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometen los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

ciada, por la misma razón, en las amenazas tendentes a atemorizar a un grupo étnico (art. 170)⁵⁶⁵.

Algunos de estos delitos reconocen expresamente las “razones de género” como los motivos que han dirigido la acción del sujeto activo; en concreto los delitos de discurso de odio o *hate speech* (art. 510 CP), la denegación de prestaciones por funcionario público (art. 511 CP) o por profesional o empresa (art. 512 CP) y el delito de lesa humanidad (607 *bis* CP). Así, el Tribunal Supremo, recientemente ha dictado sentencia condenando por la comisión de un delito de incitación al odio por razones de género, indicando que:

“Por otra parte, el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género (art. 510 1 a) Cp.

Desde la perspectiva anteriormente expuesta analizamos la im-

565 Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”..., cit., pág. 121. En el mismo sentido, GANZENMÜLLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA indican que para poder aplicar la agravante de discriminación por razones de género, esto es, para que sea compatible con el tipo delictivo para el que actúa la circunstancia como elemento accesorio, es “imprescindible que la conducta constitutiva del delito, no se halle ya expresamente sancionada en otro precepto, así por ejemplo los delitos previstos en los arts. 314, 510 a 512, 515.5.º, 517 a 521, 525 y 607 CP 95” (AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995..., cit., pág. 232).

pugnación formalizada. El dolo, que el recurrente condenado cuestiona en la sentencia, concurre efectivamente en la medida en que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario. Por las razones antedichas el autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen reproche contenido la norma. Consecuentemente, el motivo de la defensa del condenado se desestima, pues desde el relato fáctico surge la tipicidad subjetiva declarada por la expresión de términos que en sí mismo tienen un contenido odioso⁵⁶⁶.

En relación con estos preceptos, y siendo que las razones de género como motivo de discriminación se encuentran expresamente descritas y sancionadas en la infracción, no resulta compatible la agravante genérica de discriminación por razones de género, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal. De igual modo debemos concluir respecto a las torturas por discriminación contempladas en el artículo 174 del Código Penal, dado que si bien no se reconocen expresamente las razones de género como motivo de discriminación, sí aparece en la fórmula genérica que dicho precepto ha utilizado, esto es, “por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”. En el mismo sentido, el artículo 170.4 del texto punitivo, describe unos motivos de discriminación omitiendo la referencia al sexo o al género, si bien dispone de una cláusula abierta en la que se hace referencia cualquier “otro grupo de personas”, de modo que en el caso de que si las amenazas fuesen dirigidas a atemorizar a quienes llevan a cabo

566 Stc. del TS, Sala 2ª, núm. 396/2018, de 9 de febrero. ECLI ES:TS:2018:396.

sus actuaciones fuera de los roles de género socialmente establecidos y se entendiera aplicable este precepto, no sería, por el mismo motivo, compatible con la circunstancia agravante de discriminación⁵⁶⁷.

Indicar que, de *lege ferenda*, sería oportuno modificar los artículos 174 y 170.4 del Código Penal, a fin de que en ambos se recogieran los mismos motivos de discriminación que en el resto de preceptos, y ello en aras de mantener la coherencia del texto punitivo.

En relación con el artículo 197.5, esto es, la revelación de secretos, ningún problema de compatibilidad plantea la agravante de discriminación por razones de género, si bien es cierto que la virtualidad práctica de la concurrencia del delito y la circunstancia resulta, si no nula, prácticamente inexistente.

El problema se plantea con el artículo 515 del Código Penal. Como indica VALLS PRIETO, “la no inclusión de la cuestión de género causa al menos asombro. Siendo las modificaciones de los artículos tan sistemáticas y homogéneas sorprende que no se haya incluido en este precepto. La única explicación posible es que al tratarse de un delito que se presta más a realizarlo de forma individual que por medio de una asociación pero, *a priori*, no tenemos datos empíricos que nos den alguna idea al respecto. En principio, no podemos afirmar que en materia de género haya argumentos político-criminales diferentes al resto de colectivos protegidos ante el odio. Por lo que debemos entender que

567 Todo ello con independencia de que la cláusula abierta final reconocida por este precepto pueda ser considerada una deficiencia legislativa que genere inseguridad jurídica y sea contraria al principio de taxatividad.

ha sido un olvido grave del legislador como se ha podido observar en el caso del Imán de Fuengirola, en el que el clérigo expone cuales son los límites a la hora de aplicar las medidas disciplinarias físicas y como si los Imanes se ponen de acuerdo a la hora de realizar esta interpretación se puede crear una asociación ilícita en relación al (*sic*) género⁵⁶⁸.

Aunque, de *lege ferenda*, sería conveniente reformar dicho precepto para incluir las razones de género como motivo de discriminación, entiendo igualmente que no es compatible la circunstancia agravante cuando dichas asociaciones “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su [...] sexo”. Y ello por cuanto que, si bien, como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, no es lo mismo sexo que género ni razones de género, al poner en relación el principio de inherencia reconocido en el art. 67 del Código Penal con el principio de insignificancia, debemos entender que las razones de género están subsumidas en el concepto de sexo contenido en el artículo 515 del Código Penal.

3.2.3 Otros delitos: inherencia tácita (art. 67 CP)

Además de los delitos de violencia de género y los delitos de odio, existen otras figuras delictivas que, si bien no reconocen expresamente la discriminación por razones de género, y ni tan siquiera se remiten a relacio-

568 Valls Prieto, Javier: “Delitos contra la Constitución” en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 872.

nes sentimentales y/o de dominación entre los sujetos hombre y mujer como una manifestación de violencia por razones de género, dicha discriminación parece que puede constituir el fundamento de los mismos o su naturaleza, siendo así que nos encontraríamos ante una inherencia tácita. Esto es, “casos en los que las circunstancias son de tal manera inherentes o necesarias al delito que sin su concurrencia no podría cometerse. Comporta una regla de ‘inherencia tácita’ en los supuestos en que una determinada figura delictiva, a pesar que expresamente no lo mencione, no puede ser realizada sin el concurso de una circunstancia”⁵⁶⁹.

Pero, a mayor abundamiento, hay que poner en relación el principio de inherencia con el principio de insignificancia, de modo que “la inherencia ha de determinarse atendiendo a cuál es el fundamento de ambos preceptos, agravante y delito en cuestión (como proyección del requisito de identidad de fundamento de la prohibición de *bis in idem*) e incluso, de no ser exactamente el mismo, también operaría la inherencia si esa diferencia en el fundamento no se antoja lo suficientemente relevante, por encontrarse intrínsecamente ligada la agravación al hecho típico que ya se está sancionando [...] y ser poco relevante la laguna punitiva que surgiría en el caso de no ser aplicado el artículo 22.4ª CP”⁵⁷⁰.

En definitiva, efectuaremos un estudio del concurso de figuras delictivas concretas y la agravante de lo que la mayoría entendiendo la inherencia tácita de manera abstracta, tal y como la doctrina mayoritaria

569 González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal...*, cit., pág. 517.

570 Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal...*, cit., pág. 317.

admite⁵⁷¹, esto es, desde un sentido abstracto y absoluto en virtud del cual se “daría lugar a entender que el delito *nunca* podría realizarse sin la concurrencia de la circunstancia correspondiente”⁵⁷². Esto es, admitida la inherencia tácita en la figura delictiva de la actuación por motivos de razones de género, se “prohíbe al juez que recurra a una agravante o atenuante que ha sido absorbida por la figura delictiva en el momento genérico de su tipificación”⁵⁷³.

En concreto, y atendiendo al contenido del Preámbulo del Convenio de Estambul, se valorará el principio de inherencia tácita en relación con los delitos de matrimonio forzado, mutilación genital y trata de seres humanos.

3.2.3.1 *El delito de matrimonio forzado o forzoso*

La LO 1/2015 introdujo en el artículo 172 *bis* del Código Penal, previsto desde el primer texto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, el denominado matrimonio forzado o forzoso⁵⁷⁴. Con indepen-

571 En este sentido, BORJA JIMÉNEZ indica que “la tendencia mayoritaria (por no decir uniforme) en la doctrina española se ha mostrado en favor de la primera de las posibilidades planteadas [la relación de inherencia expresada en el art. 67 se concibe de forma absoluta y abstracta]”. Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, *cit.*, pág. 61.

572 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 128.

573 Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito...*, *cit.*, pág. 61.

574 Dos son las acepciones utilizadas indistintamente para hacer referencia a este delito. Por un lado se hace referencia al delito de matrimonio forzado, como por ejemplo, en el epígrafe XXVIII del Preámbulo de la LO 1/2015 o en Aguado, Paz M.: “El delito

dencia de la necesidad y oportunidad de la regulación contenida en el art. 172 *bis* del Código Penal así como la incorrecta tipificación⁵⁷⁵, que excede del presente trabajo, lo cierto es que dicha realidad exigía la oportuna tipificación en el Código Penal. En este sentido, el Convenio de Estambul establece en su artículo 37 la necesidad de que los Estados Partes adopten “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio”⁵⁷⁶.

Este delito castiga al que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio así como a quien con la misma finalidad utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo, estableciendo un subtipo agravado para supuestos en los que la víctima fuere menor de edad.

Dicho precepto no establece necesariamente que el sujeto pasivo del delito sea mujer y que, por tanto, exista una motivación por parte del

de matrimonio forzado” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015; mientras que, por otro, se califica como matrimonio forzoso, tal y como puede comprobarse en el Convenio de Estambul o en el Diccionario Jurídico (Diccionario del español jurídico-co,... cit. <http://dej.rae.es/#/entry-id/E158430>).

575 En este sentido, DE LA CUESTA AGUADO califica el precepto, con independencia de su oportunidad o conveniencia o justificación como un “contrasentido, innecesario y disfuncional”. De la Cuesta Aguado, Paz M.: “El delito de matrimonio forzado” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 376.

576 Art. 37 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011, ratificada por España (Convenio de Estambul).

sujeto activo del delito de que esta lleve a cabo ese acto de sumisión. Tanto es así que el propio Convenio de Estambul, al hablar del matrimonio forzoso, no establece tampoco la necesidad de que se regule como delito el matrimonio forzoso en el que la persona obligada a contraerlo sea mujer, pudiendo así considerarlo violencia de género o violencia doméstica. En este sentido, PERAMATO MARTÍN ha referido que el legislador español no ha formulado dicho delito desde una perspectiva de género y, por ello, es posible aplicar la agravante de discriminación por razones de género, negando así la inherencia tácita⁵⁷⁷.

No obstante, y pese a que el delito no reconoce necesariamente que el sujeto pasivo deba ser mujer, en el Preámbulo de la LO 1/2015 el legislador sí hace referencia a que este hecho supone una de las formas de discriminación contra la mujer al remitirse al artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU, que indica que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y con-

577 Manifestaciones efectuadas por Teresa PERAMATO MARTÍN, Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer en la conferencia “Últimos desarrollos en la legislación nacional sobre protección y asistencia a mujeres víctimas de violencia de género” en las Jornadas de *Training of Lawyers on the Law regarding Violence Against Women (TRAVAW)* organizadas por la European Lawyers Fundation, el Consiglio Nazionale Forense de Igalia, el Law Society of Ireland, el Consejo General de la Abogacía Española, el Krajowa Izba Radców Prawnych y el Bar of Northern Ireland en Madrid, el 27 de marzo de 2017.

traer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”.

Así, no es posible obviar que este delito, cuando el sujeto obligado a contraer matrimonio es mujer, puede ser considerado como una manifestación de la violencia de género⁵⁷⁸. De hecho, la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha indicado que “la mayoría de los contrayentes forzados son mujeres, muchas de las cuales son raptadas y obligadas a casarse con el secuestrador”⁵⁷⁹.

No obstante, el matrimonio forzado o forzoso no solo afecta a la mujer como sujeto pasivo. Se considera que existen tres categorías o motivos por los que un sujeto puede ser obligado por su entorno familiar o social a contraer matrimonio, esto es, la presión para asegurar que el patrimonio o determinados bienes queden dentro de la familia (por ejemplo las tierras), la voluntad de controlar el comportamiento sexual no deseado del sujeto pasivo (supuestos en los que un hombre, que es considerado homosexual, es obligado a casarse con una mujer a fin de someterlo al mantenimiento de una relación heterosexual normativizada) o los destinados a la protección del honor familiar (por ejemplo, mujer que es forzada a casarse con la persona que la ha agredido sexualmente). Supuestos en los que no solo son posibles los matrimo-

578 Torres Rosell, Nuria: “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, en *REPC*, volumen XXXV, núm. 19, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015, pág. 843. Artículo accesible en el enlace web <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2703/3269> (consultado en fecha 17 de marzo de 2018).

579 <http://www.acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mujeres/matrimonio-forzoso> (enlace web consultado en fecha 17 de marzo de 2018).

nios forzados en los que el sujeto compelido para casarse sea mujer, sino también hombre⁵⁸⁰.

En definitiva, y si bien no se puede negar la mayor afección de este tipo de delitos sobre las mujeres y que en muchos casos no es sino una manifestación de la violencia de género y de la dominación ejercida sobre la mujer por el hecho de ser mujer, hay que tener en cuenta que, por un lado, el Convenio de Estambul no limita su aplicación a los supuestos de violencia de género y, por otro, existen modalidades de este tipo de violencia en los que el sujeto pasivo puede ser un hombre, por lo que no es posible determinar que el tipo delictivo reconocido en el art. 172 *bis* del Código Penal establezca necesariamente la motivación de razones de género en el sujeto activo. Por lo tanto, no es posible determinar la existencia de inherencia tácita entre la agravante genérica de discriminación por este motivo y el delito de matrimonio forzado o forzoso, debiendo por tanto declarar compatible la agravante sin que ello suponga incurrir en *ne bis in idem*.

3.2.3.2 *El delito de mutilación genital*

El delito de mutilación genital se contempla en el artículo 149.2 del Código Penal, castigando a quien “causara a otro una mutilación geni-

580 En relación con los matrimonios forzados en los que el sujeto obligado a casarse es hombre, resulta de interés Samad, Yunas: “Forced marriage among men: An unrecognized problem”, en *Critical Social Policy*, editada por Sage Publicaciones, Londres, 2010, págs. 189 a 207. <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0261018309358289> (enlace web consultado en fecha 17 de marzo de 2018).

tal en cualquiera de sus manifestaciones”, imponiendo la misma pena privativa de libertad que en los supuestos en los que se cause “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica”. Mismo alcance penal si bien añadiendo la posibilidad de que el juez imponga, adicional y potestativamente, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en los supuestos en los que la víctima fuera menor o persona con discapacidad.

Este precepto, igual que ocurre con el delito de matrimonio forzado o forzoso, no exige en el tipo que el sujeto pasivo del mismo sea mujer, si bien, hay que hacer alguna precisión al respecto que, como veremos, hace que difiera de las conclusiones alcanzadas con anterioridad.

Este delito es introducido en el ordenamiento jurídico penal español por medio de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El proyecto de ley inicialmente contemplaba expresamente la determinación del sujeto pasivo mujer, indicando que “el que causare a una mujer, cualquiera que fuera su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”⁵⁸¹, siendo que durante la tramitación parlamentaria se eliminó dicha concreción.

581 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A: Proyectos de Ley, 21 de marzo de 2003, número 136-1.

Si bien, la redacción finalmente establecida obedece a técnica legislativa, la pretensión del legislador quedó incólume, de modo que lo que pretendió regular no es sino la mutilación genital femenina. Así, hay que tener en cuenta la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, en la que el legislador justifica la necesidad y la oportunidad de la reforma en el hecho de que,

“con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina”⁵⁸².

Igualmente, el Convenio de Estambul, así como en relación con el matrimonio forzoso no determinaba el sexo del sujeto pasivo como requisito necesario para su regulación, por lo que refiere a las mutilaciones genitales se limita en su artículo 38 a tratar las efectuadas sobre las mujeres⁵⁸³.

582 Epígrafe IV de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

583 En concreto, hace referencia a la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer.

A estas circunstancias, hay que añadir que el propio artículo 149.1 del Código Penal reconoce situaciones de amputación de un órgano o miembro principal, la impotencia o la esterilidad (como podría ser una castración masculina), por lo que no podemos sino entender que el reconocimiento de la mutilación genital en el epígrafe segundo de este precepto está exigiendo que la misma se lleve a cabo siendo el sujeto pasivo mujer.

En este sentido, ACALE SÁNCHEZ indica que “si se tiene en consideración que el fenómeno contra el que intenta luchar la LO 11/2003 es, como señala su Exposición de Motivos, la mutilación sexual de ‘niñas y mujeres’, por otro lado, si se tiene en consideración que no es ninguna práctica extendida la mutilación de los órganos genitales de niños y hombres, por lo que no son un fenómeno contra el que se deba luchar internacionalmente más allá de la lucha general frente a cualquier conducta delictiva, podrá entenderse que estas conductas no estarán castigadas por el nuevo art. 149.2, sino que habría que recurrir al número 1 del mismo artículo: en su caso, serían conductas que no pretenden discriminar al hombre por el mero hecho de serlo, sino sólo atentar contra su integridad física y contra su salud y, sin duda, son conductas constitutivas de delito en todos los países del mundo y existe un claro interés en su persecución, algo que no ocurre cuando se trata de víctimas del sexo femenino [...] mutilación sexual, que atendiendo a la Exposición de Motivos, se trata de mutilación sexual femenina, pues ha de llevarse a cabo sobre ‘niñas y mujeres’”⁵⁸⁴.

584 Acale Sánchez, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*,..., cit., pág. 180.

A ello hay que añadir, que la práctica consistente en la mutilación genital femenina precisamente tiene una motivación claramente machista o basada en razones de género en los términos contenidos en el artículo 22.4ª del Código Penal. Esto es, lo que se pretende es privar a la mujer del placer sexual sin provocar con ello la imposibilidad de la práctica del sexo necesario para poder engendrar hijos y cumplir sus funciones de satisfacción al hombre. En la “posibilidad de disociar la realización del acto sexual y la obtención de placer por la mujer está el origen de la ablación femenina como medio de sumisión y dominio masculino, pues si las prácticas mutilatorias privaran absolutamente de la posibilidad de mantener una unión sexual perderían su sentido”⁵⁸⁵.

Por ello, no se puede sino concluir que existe una inherencia tácita abstracta entre el delito de mutilación genital, tipificado en el artículo 149.2 del Código Penal, y la agravante genérica de discriminación por razones de género, lo que hace que resulte ineficaz como elemento accesorio del delito y que no pueda aplicarse a estos supuestos.

3.2.3.3 *El delito de trata de personas*

Debemos entender por trata de personas, conforme a lo dispuesto en el art. 3.a del Protocolo de Palermo, “la captación, el transporte, el tras-

585 Conferencia de M^a Elena TORRES FERNÁNDEZ, en la ponencia “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en el Seminario *Mutilación genital femenina: aplicación del derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención* organizadas por la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008. Accesible en el enlace web: <https://www.uv.es/cefd/17/torres.pdf> (link consultado en fecha 17 de marzo de 2018).

lado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁵⁸⁶.

La relación de la trata de personas con la explotación sexual es patente ya en dicha declaración, aunque no sea el único motivo de aprovechamiento, siendo que en la misma se reconoce que, al menos, se contemplará como tal la correspondiente a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido que “en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual⁵⁸⁷”.

Pero además, no es posible desvincular ese tipo de actuación con la discriminación por razones de género, siendo precisamente la trata de

586 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la ONU en Palermo en el año 2000.

587 Stc. del TS, Sala Segunda, núm. 214/2017, de 29 de marzo. CJ 19095/2017.

mujeres con fines de explotación sexual una manifestación de la misma. En ese sentido, CASADO CABALLERO indica que “la trata con carácter general y en especial, la trata con fines de explotación sexual, como cualquier realidad objeto de análisis no es insensible al género sobre todo si tenemos en cuenta que como elementos determinantes de la misma se encuentran una cultura patriarcal y neoliberal en la que cualquier cosa es consumible si con ello se satisface una supuesta necesidad del hombre”⁵⁸⁸.

En este sentido, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁸⁹, reconoce en su exponiendo tercero “la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. Por este motivo, las medidas de asistencia y apoyo deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de ‘disuasión’ y ‘atracción’ pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo o con fines de explotación laboral, por ejemplo en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico”⁵⁹⁰.

588 Casado Caballero, Vanesa: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: la globalización de la violencia de género”, ponencia efectuada en el *III Congreso Universitario Nacional ‘Investigación y Género’*, celebrado en Sevilla, 2011, pág. 257 de las actas disponibles en el enlace web <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/39463> (link consultado en fecha 2 de abril de 2018).

589 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

590 Hay que tener en cuenta que el legislador español, en el epígrafe I del Preámbulo de la LO 1/2015, justifica la modificación del CP en materia de trata de seres humanos

La trata de personas se regula en el artículo 177 *bis* del Código Penal, introducido mediante LO 5/2010 y que actualmente, y fruto de la reforma operada en el Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015, expresamente indica que:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio

precisamente en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo así como en la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. A este respecto, VILLACAMPA ESTIARTE indica que “no es, pues, por causa de la aprobación de la Directiva 2011/36/UE por la que se producen la mayor parte de modificaciones en el tipo del delito de trata de seres humanos, a pesar de lo que declara la Exposición de Motivos (*sic*) de la LO que las introduce. Las modificaciones obedecen en la mayor parte de supuestos a la necesidad de introducir mejoras técnicas por imprecisiones que se habían detectado antes ya de la aprobación de la referida Directiva. En cualquier caso, las modificaciones introducidas sólo inciden en el sentido de dar colmado cumplimiento a las exigencias en incriminación de conductas derivadas del estándar internacional”. Villacampa Estiarte, Carolina: “El delito de trata de seres humanos” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 403.

No obstante, LLORIA GARCÍA ya advertía, como gran parte de la doctrina, que la regulación española requería una actualización para cumplir con las normas europeas. Así, indicaba que “el legislador no cumple con todas las expectativas marcadas por la normativa europea, en la medida en que el artículo 188.2 hacía una referencia genérica a la explotación sexual en el ámbito de los delitos contra la prostitución, y la Acción común, en materia de explotación sexual de menores, exigía cobertura penal para cualquier conducta sexual ilícita con el menor y no solo para la prostitución. [...] No así en el ámbito de los adultos, donde sí se cubrían las exigencias europeas con al (*sic*) ubicación sistemática del precepto entre los delitos que castigan la prostitución”. Lloria García Paz: “Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual, en AAVV, Serra Cristóbal, Rosario (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 319.

español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

Este precepto reconoce expresamente la explotación sexual (así como los matrimonios forzados) como una de las finalidades de la trata de personas. En definitiva, está integrando como elemento subjetivo del delito que se realicen con cualquiera de las finalidades siguientes: “a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) La extracción de sus órganos corporales”, entendiéndose como explotación sexual “cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, el alterne, los masajes eróticos, cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas (‘strip tease’) y la pornografía que abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil”⁵⁹¹.

Dado que el tipo no indica el sexo de los sujetos que pueden ser objeto de explotación, tanto si son hombres como si son mujeres será igualmente de aplicación. No obstante, como se ha indicado con anterioridad, mayoritariamente serán mujeres y niñas⁵⁹², y la explotación sexual de

591 Circular de la FGE núm. 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

592 En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drográ y el Delito, en el informe *The Globalization of Crime. A Transnacional Organized Crime Threat Assessment* realizado en el año 2010, determinó que el 79% de las víctimas de trata

la mujer objeto de trata no es sino un modo de obtener rendimientos económicos por medio de la sumisión de la mujer tratada con el fin de satisfacer las necesidades sexuales de los hombres, lo que constituye un modo de ejercer violencia contra las mujeres por razones de género en los términos establecidos en el art. 3.d del Convenio de Estambul.

Esto supone que cuando se lleva a cabo el delito, y las personas tratadas lo son con fines de explotación sexual, mayoritariamente nos vamos a encontrar con mujeres. Y el propio hecho de que la trata se lleve a cabo con estos fines, no es sino una manifestación de la violencia sobre la mujer por razones de género. Por tal motivo, debe entenderse que nos encontramos ante una inherencia tácita. Ello no supone que no pueda llevarse a cabo el delito sobre hombres, pero cuando se está llevando a cabo sobre mujeres, y además, en los términos indicados en el Convenio de Estambul, esto es, que les afecta “de manera desproporcionada”, significa que se está ejerciendo por razones de género. Por tal motivo no podrá ser objeto de agravación por discriminación por razones de género en los términos contenidos en el artículo 22.4^a del Código Penal.

identificadas por los Estados en el año 2006 eran mujeres y niñas, y que el 79% de las personas objeto de trata lo eran con finalidad de explotación sexual.

CAPÍTULO II

Figuras género-específicas vs. agravante genérica en la protección a las mujeres

Figuras género-específicas vs. agravante genérica en la protección a las mujeres

1

—

Introducción

Como he referido en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, nuestro legislador penal ha optado por introducir la agravante genérica de discriminación por razones de género en el propio epígrafe cuarto del artículo 22, como un motivo adicional de discriminación, sin introducir una circunstancia agravante independiente por machismo y sin modificar los tipos género-específicos para una serie de supuestos seleccionados en función de la frecuencia comisiva de estos.

Esta situación, esto es, la tipificación de un conjunto de delitos⁵⁹³ relacionados con la violencia de género, planteó desde el inicio, y antes de la

593 Artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal.

aprobación de dicha reforma, dudas doctrinales. Así, COMAS D'ARGEMIR CENDRA, entonces Presidenta del Observatorio de Violencia de Género, indicaba en relación con las figuras agravantes y respecto del anteproyecto de ley que “si se introduce en el tipo penal de las lesiones, ¿por qué no habría de introducirse en los demás tipos penales que tipifican las conductas violentas y atentatorias contra aspectos nucleares de la dignidad de la mujer? En mi opinión en este terreno hay dos posibles opciones legislativas: ó (*sic*) bien introducir un nuevo apartado –el noveno–, en el art. 22 CP y ampliar las circunstancias agravantes en la parte general del Código introduciendo una agravante genérica por machismo, es decir, respecto del que actúa para ‘mantener las relaciones de poder, de discriminación, o de desigualdad, hacia la mujer’. Otra posible opción es la de introducir esta agravante específica en todos los tipos penales relacionados con la violencia doméstica, es decir, no solo en las lesiones como hace el PLOMIVG, sino también en los delitos de amenazas y coacciones graves, maltrato físico y psíquico habitual, homicidio, etc. A mi entender, desde un punto de vista sistemático y de mejor técnica legislativa, sería más adecuada una regla de carácter general en el art. 22 del CP”⁵⁹⁴.

El propio Consejo de Estado, al hacer el correspondiente dictamen del proyecto de ley, planteaba la supresión de las figuras género-específicas en favor de una agravante genérica y, así, proponía “la agravación de penas cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan a la violencia doméstica [lo que] conllevará que, en la actual situación de la sociedad española, los beneficiarios

594 Comas d'Argemir Cendra, Montserrat: “La ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 4, septiembre de 2004, editada por la Junta de Castilla y León, León, 2004, pág. 68.

y protegidos por ese tratamiento penal serán mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales”⁵⁹⁵.

Fundamentalmente se proponía la creación de una agravante genérica válida para todos los delitos (o bien restringida a los delitos sobre las personas) con el fin de evitar lagunas legales y que existieran actos de violencia, incluso de mayor gravedad, “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”⁵⁹⁶. Lo que, como indica ACALE SÁNCHEZ, supone que “la violación del principio de proporcionalidad se produce no sólo en relación con los concretos hechos castigados ahora como delito, sino en comparación con la pena que dispone el Código para el autor de otras conductas más graves (lesiones, por ejemplo) que están castigadas con pena igual o inferior”⁵⁹⁷.

Antes de entrar a valorar si técnicamente, desde la dogmática penal, y para

595 Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, emitido en fecha 24 de junio de 2004 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-1485>, enlace web consultado en fecha 6 de noviembre de 2017).

596 Art. 1.1 de la LMPVIG.

597 Acale Sánchez, María: “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 7, editado por la Universidad de La Rioja, Logroño, 2009, pág. 57.

la protección de las mujeres resulta conveniente una única circunstancia agravante, la tipificación de conductas mediante tipos género-específicos o la combinación de ambos elementos, efectuaré un acercamiento a dicho tratamiento en el Derecho comparado, en concreto en relación con algunos países de nuestro entorno en el ámbito europeo, y a los que les resulta vinculante el Convenio de Estambul en virtud del cual nuestro legislador ha justificado la introducción en el texto penal de la circunstancia agravante por razones de género, así como, por determinadas particularidades en esta materia, algunos países del entorno latinoamericano.

2

—

Tratamiento en el Derecho comparado

2.1

—

ALGUNOS EJEMPLOS EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en su Capítulo V, establece la obligación a los Estados de emprender una serie de medidas legislativas para proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y prevenir, perseguir y eli-

minar la violencia contra las mujeres⁵⁹⁸, entre otras, en materia penal⁵⁹⁹. Antes de su aprobación y ratificación, España ya había llevado a cabo una amplia regulación sobre la violencia de género, aprobando la correspondiente ley integral y multidisciplinar, algo que no era habitual en el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En este sentido, LLORIA GARCÍA indica que “en Europa no es tan común encontrar este tipo de normativa integral, por lo que el convenio va a cumplir un importante papel unificador y armonizador. Para ello el Convenio, que se refiere a la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, adopta una estructura similar a las leyes integrales y se ocupa

598 El art. 1 del Convenio de Estambul indica que son objetivos del mismo:

- a) proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- b) contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres;
- c) concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- d) promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica;
- e) apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”.

599 Así, a modo de ejemplo, en su art. 19 establece la necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas para que las víctimas reciban la información adecuada y en el momento oportuno sobre los servicios de apoyo; en su art. 23 determina que se adoptarán las medidas legislativas oportunas para crear refugios apropiados, fácilmente accesibles y en número suficiente, para ofrecer alojamiento seguro a las víctimas; en el art. 29 se determina la obligación de que los Estados adopten las medidas legislativas necesarias para proporcionar a las víctimas recursos civiles adecuados contra el autor del delito; etc. Y en su Capítulo V (bajo la nomenclatura “Derecho material”) establece la necesidad de adoptar medidas legislativas, incluidas las penales, en materia como violencia física, psíquica y/o sexual, acoso, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales, etc.

tanto de políticas de prevención y educativas, como de normas civiles, penales y procesales, añadiendo también previsiones internacionales sobre migración y asilo así como la creación de un grupo de expertos denominado GREVIO (Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica)⁶⁰⁰.

A continuación, se examinará la legislación existente en esta materia en Portugal, Francia e Italia.

2.1.1 Italia

El sistema que establece el Código Penal italiano⁶⁰¹ en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es similar al español, de modo que “introduce, junto a distintas circunstancias en la Parte Especial, un catálogo de atenuantes y agravantes en su Parte General, artículos 61, 62 y 62 *bis*, estableciendo por ello reglas generales de aplicación de la pena, arts. 59 y siguientes”⁶⁰².

El texto punitivo italiano reconoce inicialmente un principio o regla general de valoración en su artículo 133, que si bien no son propia-

600 Lloria García, Paz: “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea...”, *cit.*, pág. 90.

601 Acceso al CP italiano en: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018). Texto actualizado hasta el Decreto Legislativo de 1 de marzo de 2018, por el que se efectuó la última reforma del Código.

602 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 16.

mente circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sí son una especie de indicadores indefinidos a los que el juzgador debe atender en el momento de fijar la pena en concreto. En dicho precepto ya se reconocen los motivos del sujeto activo en el art. 133.3.1 como uno de los elementos a tener en consideración, si bien, no se cita expresamente la violencia de género o sobre la mujer.

Las circunstancias agravantes se regulan en el artículo 61 del Código Penal Italiano, en el que se reconocen hasta dieciséis de ellas, además de una circunstancia agravante por delitos transnacionales cometidos por grupos criminales organizados, regulado en el artículo 61 *bis*. Entre las agravantes comunes o genéricas, en el epígrafe 11 se reconoce como tal el “haber cometido el delito con abuso de autoridad o relaciones domésticas, o con abuso de relaciones de trabajo, desempeño del trabajo, convivencia u hospitalidad”⁶⁰³. Esto es, se contempla la violencia doméstica o familiar como circunstancia agravante de la pena sin establecer las razones de género específicamente. Circunstancia que obedece a dar cumplimiento al Convenio de Estambul⁶⁰⁴.

603 “L’aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d’opera, di coabitazione, o di ospitalità”.

604 En este sentido, Alessandro DIDDÌ indica que “Tale fattispecie circostanziale sembra costituire una prima attuazione della Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa dell’11 maggio 2011 recentemente ratificata dalla l. 27 giugno 2013, n. 77 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (ed in particolare dell’art. 46) che, tra l’altro, impegna gli Stati ad adottare, per una serie di reati contemplati dalla stessa convenzione, inasprimenti sanzionatori allorquando il reato sia commesso, oltre che su un bambino, anche in sua presenza. La ratio di tale particolare rigore va evidentemente ricercata nel fatto che anche la sola assistenza a comportamenti violenti commessi all’interno del contesto familiare (la c.d. violenza assistita), costituendo un fenomeno che può compromettere l’educazione del

Por lo que afecta a la parte especial, algunos delitos disponen de agravación si se comenten, entre otros, contra el cónyuge, excónyuge o pareja sentimental presente o pasada, como, por ejemplo, el homicidio agravado⁶⁰⁵, lesiones agravadas⁶⁰⁶ y la violencia sexual⁶⁰⁷. Además, en

minore, richiede di essere adeguatamente contrastato sul piano sostanziale” (Diddi, Alessandro: “Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di gener”, en *Processo Penale e Giustizia*, número 2, año 2014, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014, pág. 92).

605 Art. 577.: “Altre circostanze aggravanti. Ergastolo.

Si applica la pena dell’ergastolo se il fatto preveduto dall’articolo 575 [omicidio] è commesso: 1) contro l’ascendente o il discendente o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l’altra parte dell’unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente.

...”

606 Art. 582: “Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell’ultima parte dell’articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa”.

Art. 583: “Circostanze aggravanti.

La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:

3) se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l’acceleramento del parto.

...

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:

...

5) l’aborto della persona offesa”.

607 Art. 609 bis: “Violenza sessuale.

Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

el caso de las lesiones, establece un tipo específico de agravación para el supuesto de que el sujeto pasivo sea una mujer y se haya provocado el parto anticipado. No obstante, como puede comprobarse, no nos encontramos ante tipos delictivos género-específicos por razón de violencia de género, sino por violencia doméstica o en el ámbito familiar. Además, en el artículo 572⁶⁰⁸ se establece la regulación sobre el maltrato en el ámbito familiar sin que se haga tampoco mención alguna en razón de la violencia de género.

De este modo, se puede concluir respecto al modelo italiano que, por un lado, y como en nuestro ordenamiento jurídico penal, se establece

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”.

Art. 609 ter: “Circostanze aggravanti.

La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all’articolo 609-bis sono commessi:

...

5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza;

5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza;

...”

608 Art. 572: “Maltrattamenti contro familiari e conviventi.

Chiunque, fuori dei casi indicati nell’articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni”.

al mismo tiempo una circunstancia agravante genérica y tipos género-específicos, si bien no lo hace en relación con la violencia de género sino con la violencia doméstica o en el ámbito familiar.

2.1.2 Francia

En el Código Penal francés⁶⁰⁹, igual que hemos visto en el caso italiano, no existe realmente una regulación integral o una ley integral por violencia de género, dado que como consecuencia “del peso del estricto principio republicano de igualdad, es mucho mayor la resistencia a la aceptación de que hombres y mujeres puedan ser tratados jurídicamente de forma diferente”⁶¹⁰, de modo que “la inmensa mayoría de los casos de violencia de género se sancionan con la circunstancia agravante de ‘violencia conyugal’, lo cual supone una regulación *gender-blind*⁶¹¹; es decir, que no reconoce el carácter discriminatorio de estas agresiones”⁶¹².

609 Enlace web al CP francés en el URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180414> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

610 Bronx Sáenz de la Calzada, Alicia: “Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española en materia de violencia contra las mujeres”, *Filanderas. Revista interdisciplinar de estudios feministas*, editada por la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, número 2, 2017, pág. 81.

611 Al hacer referencia BRONX SÁENZ DE LA CALZADA a una regulación *gender-blind*, se refiere a aquellas legislaciones que no han introducido la perspectiva de género en su legislación, lo que a efectos de violencia de género quiere decir que dicha regulación “no reconoce el carácter discriminatorio de estas agresiones” (*Ibid.*, pág. 80).

612 *Ibid.*, pág. 80.

No obstante, el ordenamiento jurídico penal francés cuenta con diversos mecanismos para la protección de las mujeres que son objeto de violencia por ser mujeres así como en el caso de violencia doméstica o familiar.

El Código Penal francés fue modificado mediante la Ley número 2017-86 de 27 de enero, relativa a la igualdad y a la ciudadanía⁶¹³ en virtud de la cual, se incorporó en el mismo la circunstancia agravante de sexismo, que “permite sancionar con mayor severidad que antes cualquier infracción cometida en razón del sexo de la víctima, de manera que el juez podrá agravar la pena sin necesidad de que exista ningún tipo de relación entre víctima y autor/a”, siendo que hasta entonces “la violencia contra las mujeres se sancionaba a través de diversos instrumentos diseminados en el Código Penal, que, sin embargo, no atribuían ninguna especificidad a aquella cometida sobre mujeres por el mero hecho de serlo”⁶¹⁴.

De este modo, los artículos 132.71 a 80 de este texto punitivo reconocen una serie de causas de agravación, si bien carecen de paralelismo con respecto a nuestro sistema punitivo, dado que más bien “se trata de definiciones de características que, recogidas en tipos específicos de delito, llevarán a la imposición de una pena más grave”⁶¹⁵. Así, en el art.

613 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033934948&categorieLien=id> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

614 Bronx Sáenz de la Calzada, Alicia: “Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española...”, *cit.*, pág. 81.

615 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 12.

132-76⁶¹⁶ se regula la circunstancia agravante por discriminación, por motivos de raza, etnia, nación o religión, y en el art. 132-77⁶¹⁷ la discrimi-

616 “Lorsqu’un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l’honneur ou à la considération de la victime ou d’un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l’une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu’il suit :

1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l’infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l’infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ;

3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l’infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ;

4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l’infraction est punie de dix ans d’emprisonnement ;

5° Il est porté à dix ans d’emprisonnement lorsque l’infraction est punie de sept ans d’emprisonnement ;

6° Il est porté à sept ans d’emprisonnement lorsque l’infraction est punie de cinq ans d’emprisonnement ;

7° Il est porté au double lorsque l’infraction est punie de trois ans d’emprisonnement au plus.

Le présent article n’est pas applicable aux infractions prévues aux articles 222-13, 225-1 et 432-7 du présent code, ou au septième alinéa de l’article 24, au deuxième alinéa de l’article 32 et au troisième alinéa de l’article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse”.

617 “Lorsqu’un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l’honneur ou à la considération de la victime ou d’un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l’une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu’il suit :

1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l’infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

minación por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género. Reconociéndose igualmente en el art. 132-80⁶¹⁸ la agravante por violencia doméstica. Circunstancia esta que se aplica a cónyuges así como a pare-

2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ;

3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ;

4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ;

5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ;

6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ;

7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus.

Le présent article n'est pas applicable aux infractions prévues aux articles 222-13, 222-33, 225-1 et 432-7 du présent code, ou au huitième alinéa de l'article 24, au troisième alinéa de l'article 32 et au quatrième alinéa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ni lorsque l'infraction est déjà aggravée soit parce qu'elle est commise par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, soit parce qu'elle est commise contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union”.

618 “Dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité.

La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime”.

jas de hecho o en unión por el denominado pacto civil de solidaridad⁶¹⁹, a condición de que quede demostrado que los actos se han cometido en razón de una relación sentimental. La reforma llevada a cabo en el año 2017 permitió que la circunstancia agravante fuera aplicable también a exparejas, siempre y cuando hubieran convivido con sus víctimas.

Pero además, se regula a lo largo del texto punitivo en diferentes preceptos la agravación específica de las penas por la comisión de los hechos por parte de quien es cónyuge o persona conviviente de la víctima o la pareja relacionada con la víctima mediante un pacto de solidaridad civil⁶²⁰, no por motivo de género sino por violencia en el ámbito familiar. A modo de ejemplo, el homicidio está castigado con pena de quince años de reclusión en el artículo 222 pero cuando el sujeto pasivo es uno de los indicados con anterioridad, el artículo 222-8 del Código Penal, modificado por la Ley 2017-86, de 27 de enero, establece un incremento de la pena hasta los veinte años de reclusión⁶²¹.

619 El pacto civil de solidaridad (*Pacte civil de solidarité*) constituye una forma de unión civil o pareja de hecho regulada en el Código Civil francés que, conforme a lo dispuesto en el art. 515-1 de dicho texto legal, constituye un contrato suscrito por dos personas físicas, mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, que tiene como objetivo organizar sus vidas en común (“pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”), de modo que se determina una serie de derechos y obligaciones entre sí.

620 En este sentido, el artículo 222-8, modificado por la Ley número 2017-86 de 27 de enero, cuando en las lesiones se cometen “Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité”.

621 Art. 222-7 del Código Penal francés: “Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle”.

Como indica BRONX SÁENZ DE LA CALZADA, “en resumen, la regulación francesa dispone de dos mecanismos principales que permiten sancionar las violencias cometidas hacia las mujeres: una circunstancia agravante de sexismo, incluida a través de la reciente reforma de este año [2017], aplicable a las infracciones con motivación sexista; y una circunstancia agravante de violencia conyugal, introducida en 1994 y modificada fundamentalmente en la reforma de 2006, aplicable a las infracciones cometidas por un miembro de la pareja, pensada para sancionar una relación de dominación sentimental, independientemente del sexo o del género de los miembros. Sin embargo, ninguno de estos dos mecanismos reconoce el carácter sexo específico de la violencia, puesto que, como hemos venido diciendo, los dos son *gender-blind*, y se aplicarán a pesar de que la agresora sea mujer y la víctima hombre. Además, son incompatibles entre sí”⁶²².

2.1.3 Portugal

El Código Penal portugués⁶²³ no regula un listado *numerus clausus* de circunstancias agravantes como el artículo 22 de nuestro ordenamiento penal,

Art. 222-8: “L’infraction définie à l’article 222-7 est punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu’elle est commise : [...] 6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité...”

622 Bronx Sáenz de la Calzada, Alicia: “Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española...”, *cit.*, pág. 82.

623 Enlace web al CP francés en el URL: www.codigopenal.pt (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

sino que en el artículo 71⁶²⁴ de dicho texto punitivo se establece una serie de criterios generales que el juzgador deberá tener en cuenta para la concreta determinación de la pena. En dichos extremos no se hace referencia alguna a la violencia de género, aunque sí a la motivación del sujeto activo.

El ordenamiento jurídico penal portugués suple la carencia de esta enumeración de circunstancias agravantes en su parte general mediante el establecimiento en la parte especial de agravaciones específicas en los delitos contra las personas. Esto es, no ha tenido en cuenta circunstancias agravantes genéricas sino que ha optado por su regulación en los concretos delitos en los que, a tal efecto, el legislador ha reconocido esta necesidad. Así, por ejemplo, el Código Penal portugués carece de una circunstancia agravante genérica consistente en ensañamiento en términos similares a lo dispuesto en el artículo 22.5^a de nuestro

624 “Determinação da medida da pena

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.”

Código Penal, pero en el caso de que concurra dicha circunstancia en el homicidio, lo castiga como homicidio agravado⁶²⁵.

De este modo, en diversos delitos contra las personas se reconoce la agravación específica bien por las relaciones familiares existentes entre los sujetos intervinientes, por un lado, o como consecuencia del odio por razones de sexo (que no de género), por otro.

Así, por ejemplo, el artículo 132.2⁶²⁶ regula el homicidio cualificado y determina como causa para ello en el epígrafe b la comisión cuando el sujeto pasivo es el cónyuge, excónyuge, pareja de hecho o expareja de hecho (con independencia del sexo) o en razón del odio por sexo en el epígrafe f.

625 El artículo 131 castiga el homicidio con pena de prisión de 8 a 16 años pero cuando se ejecuta mediante tortura o actos de crueldad tendentes a aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima (“empregar tortura ou ato de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima”), se castiga como homicidio calificado con pena de prisión de doce a veinticinco años.

626 Art. 132.2: “Homicídio qualificado

1 - Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

2 - É suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

a) Ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante, da vítima;
b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;

...

f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima;

...”

Por otro lado, el Código Penal portugués, en su artículo 152⁶²⁷, de modo similar al art. 173.2 del Código Penal español, regula el delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado, en el que se reconoce como la tal los malos tratos físicos o psíquicos ejercidos de modo reiterado sobre quien es el cónyuge, excónyuge, pareja de hecho o ex-pareja de hecho del autor, así como sobre otros sujetos convivientes,

627 Art. 152: “Violência doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
 - b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
 - c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
 - d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;
- é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

- a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos”.

pero sin diferenciar por el sexo del sujeto pasivo.

2.2

ALGUNAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

Los estados latinoamericanos han destacado por la incorporación en sus ordenamientos jurídico-penales de tipos que reconocen el feminicidio o femicidio⁶²⁸. Esto es, el homicidio o el asesinato en el que el

628 “El término femicidio fue introducido por la socióloga feminista Diana Russel en 1976 con ocasión de la celebración del simbólico Tribunal Internacional de Crímenes contra la Mujer y, con posterioridad, se utilizó en el libro que publicó junto a Jill Radford en 1992 (*Femicide: The Politics of Woman Killing*). Con dicho término se pretende identificar el asesinato o muerte de la mujer por parte de un hombre por el solo hecho de ser mujer, es decir, cometido por mera misoginia. En el ámbito anglosajón, el femicidio se construyó en un primer momento como uno más de los delitos de odio (*hate crimes*), es decir, en el marco de aquellos que, cuando se cometen, expresan un motivo de odio discriminatorio contra un colectivo. En la actualidad, el término femicidio se utiliza, sin embargo, en sentido amplio como comprensivo de todas las muertes de mujeres: las que obedecen a la misoginia de su autor, pero también las que obedecen a las causas apuntadas de discriminación estructural derivadas del modelo patriarcal (también las muertes por razón de honor...). [...] Aunque el término correcto parece ser femicidio cuando nos referimos al hecho y fenómeno individual, no obstante, podría ser correcto el uso del término feminicidio –o generocidio–, con resonancias similares al genocidio, cuando se pretende identificar un fenómeno colectivo o masivo, que perdura en el tiempo, en el que la responsabilidad estatal por la falta de tutela e impunidad es notoria y un elemento consustancial del mismo (la muerte de niñas en China o India, de mujeres indígenas en Guatemala, en El Salvador, en Ciudad Juárez –Méjico–, en una situación de conflicto armado, las agresiones sexuales seguidas de muerte en Bosnia-Herzegovina, como instrumento de venganza o humillación del enemigo...). En Latinoamérica, donde se ha introducido la figura específica de muerte de la mujer en muchos códigos penales, se ha impuesto el término feminicidio, seguramente para acentuar las connotaciones de

sujeto pasivo es una mujer a quien se le ha atacado por el mero hecho de ser mujer⁶²⁹. No resulta ocioso recordar, en este sentido, la influencia que ha podido ejercer en ello que en Ciudad Juárez (México) se venían produciendo asesinatos sistemáticos de mujeres jóvenes frente a los que el Estado no llevaba a cabo las correspondientes investigaciones pese a las recomendaciones y requerimientos realizados por la comunidad internacional⁶³⁰. Hecho que motivó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara en fecha dieciséis de noviembre de 2009 sentencia en el caso González Banda y otras (Campo Algodonero) vs. México en la que se condenó a este último por violación de la vida, la integridad personal y la libertad personal de las demandantes, violación de su deber de investigar, violación de los derechos del niño y violación del deber de no discriminación, entre otros⁶³¹. Esta sen-

fenómeno masivo y tolerado por la pasividad del Estado con las que allí se manifiestan las muertes de mujeres”. Pérez Manzano, Mercedes: “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, en la *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 34, 2016-II, Madrid, 2016, pág. 44.

629 En relación con la regulación del delito de femicidio o feminicidio, resulta de interés Garita Vilchez, Ana Isabel: *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*, editado por el Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Ciudad de Panamá, (acceso mediante el URL http://www.un.org/es/women/end-violence/pdf/reg_del_femicidio.pdf; enlace consultado en fecha 1 de abril de 2018).

630 En este sentido, Monroy García, María del Mar y García Morales, Paulina: *Compendio de recomendaciones sobre el feminicidio en Ciudad Juárez, Chihuahua*, editado por la Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, México DF, 2007. Enlace en el URL: http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-compendio-de-recomendaciones_sobre-el-feminicidioen-ciudad-juarez-chihuahua.pdf (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

631 Acceso a la sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_205_esp.pdf (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

tencia propició la proliferación en Latinoamérica de la regulación de estas conductas, esto es, el “pleno reconocimiento por un órgano de justicia internacional de que feminicidio constuye un atentado frontal contra los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las mujeres y, sobre todo, la declaración de corresponsabilidad del Estado mexicano por su pasividad a la hora de perseguir esta clase de delitos y de proteger a las potenciales víctimas, jugó un papel decisivo en el proceso de reformas legislativas que se inició hace pocos años en Latinoamérica en la línea de tipificar de forma expresa este delito”⁶³².

De este modo, igual que en nuestro ordenamiento jurídico, en muchos países de América del Sur se establece una agravante genérica de discriminación por razones de género, y al mismo tiempo existen tipos género-específicos al respecto, si bien han dado un paso más allá reconociendo expresamente el feminicidio o femicidio. Puede comprobarse cómo “unos países han optado por incorporar tipos penales autónomos de femicidio (Costa Rica⁶³³, Guatemala⁶³⁴ [...]), o feminicidio (El Salvador⁶³⁵ [...]), mientras otros han incluido una agravante en los supuestos de homicidio cualificado (Colombia [...]) o han decidido reformar la norma de parricidio (Chile⁶³⁶ [...])”⁶³⁷.

632 Lorenzo Copello, Patricia: “Apuntes sobre el Feminicidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, editada por la UNED, número 8, Madrid, 2012, pág. 129.

633 Art. 21 de la Ley n° 8589 de Penalización de la violencia contra las mujeres:

“Femicidio. Se le impondrá la pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”. (https://www.oas.org/dil/esp/Penalizacion_de_la_Violencia_contra_las_Mujeres_Paraguay.pdf; enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

634 Femicidio aprobado mediante Decreto número 22-2008 que aprueba la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer, que establece en su artículo 6 que “Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral. c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima. d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo. e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación. f. Por misoginia. g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima. h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal. La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva” (https://www.oas.org/dil/esp/Ley_contra_el_Femicidio_y_otros_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf; enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

635 La Ley número 520, de 25 de noviembre de 2010, Especial Integral para una vida libre de violencia contra las mujeres, en sus arts. 45 y 46 regula el feminicidio:

“Artículo 45: Feminicidio: “Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años.

Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.
- b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.
- c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.
- d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.
- e) Muerte precedida por causa de mutilación.

En el caso concreto de México⁶³⁸, en su artículo 51⁶³⁹ se reconoce que se

Art. 46: Femicidio Agravado. El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:

- a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.
- b) Si fuere realizado por dos o más personas.
- c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.
- d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental.
- e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo”.

636 Así, el art. 390 del Código Penal chileno establece que “el que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre del femicidio”.

637 Munévar, Dora Inés: “Delito de femicidio. Muerte violencia de mujeres por razones de género”, en *Revista de estudios socio-jurídicos*, volumen 14, número 1, editado por la Universidad del Rosario, 2012, Rosario (Colombia), pág. 157.

638 Tengo en cuenta el Código Penal federal, accesible en el enlace web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

639 Artículo 51: “Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64-Bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

aumentará la pena hasta en una mitad cuando el delito sea cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones o la víctima sea mujer y concurren razones de género en la comisión del delito. Esto es, se está reconociendo en dicho precepto la agravante genérica de discriminación por razones de género, exigiendo también que el sujeto pasivo sea mujer.

A ello hay que añadir la tipificación específica del delito de feminicidio⁶⁴⁰,

Cuando se cometa un delito doloso en contra de algún periodista, persona o instalación con la intención de afectar, limitar o menoscabar el derecho a la información o las libertades de expresión o de imprenta, se aumentará hasta en un tercio la pena establecida para tal delito.

En el caso anterior, se aumentará la pena hasta en una mitad cuando además el delito sea cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones o la víctima sea mujer y concurren razones de género en la comisión del delito, conforme a lo que establecen las leyes en la materia”.

640 Artículo 325: “Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.

consecuencia de que “el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como respuesta al sexto informe periódico de México de 2006 (cedaw/C/mex/6), exhortó al Estado mexicano para que tipificara el feminicidio como delito, y que procediera a la aprobación del proyecto de Ley general para el acceso de las mujeres a una vida sin violencia con la finalidad de proteger los derechos humanos de la mujer”⁶⁴¹. No obstante, la doctrina mantiene la crítica hacia la actual regulación en tanto en cuanto establece en algunos delitos la agravación cuando existente entre los sujetos intervinientes una relación familiar o asimilada (por ejemplo el homicidio en razón del parentesco o relación⁶⁴², o el delito de lesiones cuando los sujetos intervinientes perte-

Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.

En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

641 Nares Hernández, José Julio, Martínez García, Dulce Gloria y Colín García, Ricardo: “Violencia de género en la familia. Perspectiva jurídico penal”, en *Revista Ciencia ergo-sum*, volumen 22, número 2, editada por la Universidad Autónoma del Estado de México, Méjico DF, 2015, pág. 119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5116571> (enlace web consultado en fecha 17 de enero de 2018).

642 Artículo 323: “Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, convivente, compañera o compañero civil, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de treinta a sesenta años.

Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores.”.

necen a un concreto ámbito familiar siempre que haya convivencia)⁶⁴³ y los concretos delitos de violencia en el ámbito familiar⁶⁴⁴, pero no regula la violencia de género en el ámbito familiar al modo de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la LMPIVG. Esto es, que si bien regula el feminicidio, no distingue en el Código Penal la violencia familiar de la violencia de género. En este sentido, NARES HERNÁNDEZ, MARTÍNEZ GARCÍA Y COLÍN

643 Artículo 300: “Si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar”.

644 Capítulo Octavo del Código Penal Mexicano denominado “Violencia familiar” y que comprende los siguientes preceptos:

“Artículo 343 Bis. Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.

Artículo 343 Ter. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona.

Artículo 343 quáter.- En todos los casos previstos en los dos artículos precedentes, el Ministerio Público exhortará al probable responsable para que se abstenga de cualquier conducta que pudiese resultar ofensiva para la víctima y acordará las medidas preventivas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la misma. La autoridad administrativa vigilará el cumplimiento de estas medidas. En todos los casos el Ministerio Público deberá solicitar las medidas precautorias que considere pertinentes”.

GARCÍA indican que “tipificar en el cpem⁶⁴⁵ el delito de violencia familiar asociada a la violencia de género permitiría cumplir con las recomendaciones hechas al Estado mexicano por organismos internacionales que le imponen la obligación de legislar en materia penal para proteger los derechos humanos de la mujer contra la violencia de género en la familia. Al distinguir la violencia familiar de la violencia de género en la familia, se podrían diferenciar las situaciones en que la violencia familiar ocurre por razones de género, de aquellas otras en que no sucede así. Con base en esta distinción, se podría dar cumplimiento a las recomendaciones hechas al Estado mexicano por diversos organismos internacionales que lo instan a la creación de un sistema estadístico que registre este particular tipo de violencia de género, ya que actualmente dichos registros resultan inexactos justo por no diferenciar la violencia familiar de la violencia de género en la familia”⁶⁴⁶.

En el caso de Colombia, su Código Penal⁶⁴⁷ reconoce una circunstancia agravante muy similar a la contenida en el art. 22.4^a de nuestro texto punitivo aunque no se refiere expresamente a las razones de género, sino al sexo de la víctima⁶⁴⁸. Pero además, el delito de feminicidio se

645 Código Penal del Estado de México.

646 Nares Hernández, José Julio, Martínez García, Dulce Gloria y Colín García, Ricardo: “Violencia de género en la familia...”, *cit.*, pág. 122.

647 Enlace web al CP colombiano: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

648 El art. 58, entre las circunstancias de mayor punibilidad, reconoce como tal “que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o a las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”.

introdujo en el Código Penal, mediante Ley 1761 de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones⁶⁴⁹, dejando sin efecto la agravante que existía en dicho momento en el delito de homicidio cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer⁶⁵⁰. No existen otras normas o tipos

649 Acceso web a la ley: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62278#13> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

650 Artículo 104A. “Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

- a). Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.
- b). Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.
- c). Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.
- d). Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.
- e). Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.
- f). Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

Artículo 104B. “Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

- a). Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.
- b). Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.
- c). Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

específicos que introduzcan en sí misma la violencia de género, si bien los delitos sexuales, las lesiones y el homicidio reconocen una agravante en el caso de que se lleven a cabo sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo en el caso de los delitos sexuales, o cuando se lleva a cabo sobre el ascendiente, descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad en el caso del homicidio y de las lesiones.

A ello se añade la regulación específica contenida en materia de violencia intrafamiliar⁶⁵¹ pero que, como ocurría en el Código Penal de

d). Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual”.

e). Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.

f). Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

g). Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código”.

651 “Artículo 229. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de uno (1) a tres (3) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor.

Artículo 229A. Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años. El que someta a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y en multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

México, no dispone de una diferenciación con respecto a la violencia de género.

Por último, y en relación con Perú, el 23 de noviembre de 2015 se publicó la Ley 30364, “para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, que modificó el Código Penal⁶⁵². En dicho texto punitivo se reconoce igualmente tres circunstancias agravantes genéricas: una de ellas por discriminación “de cualquier índole”⁶⁵³, otra cuando el sujeto pasivo sea “mujer en situación de especial vulnerabilidad”⁶⁵⁴ y la tercera por abuso de

El abandono de la persona mayor por parte de la institución a la que le corresponde su cuidado por haberlo asumido, será causal de la cancelación de los permisos o conceptos favorables de funcionamiento y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 230. Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o en menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Artículo 230A. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

652 CP peruano en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

653 El art. 46.2.d constituye agravante por “ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole”.

654 El art. 46.2.n regula la agravante “si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficientes físicas, sensoriales, mentales o intelectua-

parentesco⁶⁵⁵.

Perú, como igualmente hacen Colombia y México, así como otros estados latinoamericanos, regula el delito de feminicidio⁶⁵⁶ de forma

les de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial”.

655 Artículo 46°-E.: “Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última. La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal”.

656 Artículo 108°-B.- “Feminicidio.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;

independiente y singularizada con respecto al tipo del homicidio. Pero, además de la agravante genérica y la regulación del feminicidio, reconoce en determinadas infracciones penales (como las lesiones leves⁶⁵⁷) una agravación cuando se cometen por violencia de

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36°.

657 Artículo 122: “Lesiones leves

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente pudo prever ese resultado.

3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si la víctima:

a. Es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o funcionario o servidor público y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas.

b. Es menor de edad, mayor de sesenta y cinco años o sufre de discapacidad física o mental y el agente se aprovecha de dicha condición.

c. Es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B.

d. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente.

e. Depende o está subordinada de cualquier forma al agente.

4. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de catorce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado.

género o por violencia familiar o doméstica, y establece igualmente formas agravadas de lesiones por violencia contra la mujer en el entorno familiar⁶⁵⁸.

En definitiva, y aunque no de forma armónica, los estados latinoamericanos han regulado por un lado una agravante genérica de discriminación, incluyendo en tal sentido las razones de sexo o género, al mismo tiempo que han establecido tipos género-específicos en relación con la violencia de género y la violencia familiar (a veces relacionándola entre sí y otras veces de forma independiente), habiendo introducido asimismo, y a diferencia de los estados europeos, el delito de feminicidio o femicidio, siendo que “forma parte de la legislación penal en países de América Latina, con el predominio géneroespecífico”⁶⁵⁹.

5. El juez impone la inhabilitación correspondiente a los supuestos previstos en el párrafo 3”.

658 Artículo 121°-B: “Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar En los casos previstos en la primera parte del artículo 121° se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años cuando la víctima: 1. Es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B. 2. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente. 3. Depende o está subordinado. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, la pena será no menor de doce ni mayor de quince años”.

659 Munévar, Dora Inés: “Delito de femicidio...”, *cit.*, pág. 168.

Como indica LAURENZO COPELLO, el feminicidio es “una figura esta última cada vez más presente en las legislaciones latinoamericanas”. Laurenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *REPC*, volumen XXXV, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015, pág. 784.

3

Protección a las mujeres mediante figuras género-específicas

El legislador español ha optado por una doble vía para proteger a las mujeres que son objeto de violencia de género en el marco de una relación sentimental presente o pasada. Por un lado, mediante el establecimiento de una circunstancia genérica (artículo 22.4ª del Código Penal, objeto del presente trabajo) y, por otro, mediante el establecimiento de tipos género-específicos para los supuestos de lesiones, malos tratos o lesiones de menor gravedad, amenazas y coacciones (dejando así sin el correlativo tipo específico para los delitos de homicidio, asesinato, *sexting*, *stalking*, agresiones sexuales, etc.). Siendo que “no se entiende muy bien por qué la LO 1/2004 ha elevado a la categoría de delito determinados comportamientos constitutivos hasta ella de faltas de amenazas y de coacciones y sin embargo, no ha procedido a agravar la pena por los mismos motivos en el delito de detenciones ilegales”⁶⁶⁰ o “si la violencia de género comprende todo acto de violencia física o psíquica, ha de subrayarse el hecho de que no se haya modificado la pena de los delitos de homicidio o asesina-

660 Acale Sánchez, María: “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 7, editado por la Universidad de La Rioja, Logroño, 2009, pág. 48.

to, que suponen los actos más graves de la violencia que quiere prevenir la LO 1/2004⁶⁶¹.

Dicha posibilidad, esto es, la combinación en el mismo texto punitivo de una agravante genérica junto con otras agravantes específicas o tipos género-específicos, no es desajustada ni novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. A modo de ejemplo, la ejecución del hecho con alevosía es reconocida como agravante genérica en el art. 20.1^a del Código Penal al mismo tiempo que es motivo para calificar unos hechos como asesinato (art. 139.1.1^a del mismo texto legal) o supone la comisión de un delito de lesiones agravado (148.2^o del Código Penal). Todo ello teniendo en cuenta que no es posible aplicar la agravante genérica en los supuestos en los que se entiende ya incluida en la descripción típica, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de nuestro Código.

Técnica legislativa que, como he dicho *supra*⁶⁶², tampoco es única en nuestro entorno, dado que como indica GONZÁLEZ CUSSAC, “esta sistemática no excluye la posibilidad de que, además, se contengan también circunstancias agravantes ‘específicas’ para determinados delitos junto a los que se regulan y se describen. Se trata, pues, de una fórmula que compagina circunstancias ‘especiales’ o ‘específicas, y de otro ‘generales’ o ‘genéricas’”⁶⁶³. Así, en el modelo italiano, se “introduce junto a distintas circunstancias en la Parte Especial, un catálogo de atenuantes y agravantes en su Parte General, artículos 61, 62 y 62 bis [...] Junto a

661 *Ibid.*, pág. 49.

662 *Vid.*; Segunda Parte, Capítulo II, epígrafe 2 del presente trabajo.

663 González Cussac, José Luis: *Teoría general...*, cit., pág. 39.

estos cuadros de circunstancias generales el artículo 133 CPI recoge lo que podría denominarse ‘circunstancias indefinidas o innominadas’⁶⁶⁴.

Esta misma técnica legislativa es la que se ha seguido para la lucha contra la discriminación, de modo que el legislador ha optado por el establecimiento de la agravante genérica y una serie de tipos género-específicos. Esto es, que la legislación española en dicha materia “apuesta por un modelo político-criminal mixto que combina elementos de las dos clases de estrategia: la tipificación de delitos de expresiones provocadoras (como, por ejemplo, el art. 510.1 CP) y la agravación de la pena prevista para un delito cuando el mismo se comete por motivos discriminatorios”⁶⁶⁵.

No obstante, y con independencia de si dicha técnica legislativa es coherente con el resto del Código Penal, hay que valorar si esta sistemática es la más adecuada para la protección de este grupo de sujetos.

Tal y como plantea LAURENZO COPELLO, existen ventajas y desventajas con la regulación de conductas de violencia de género mediante tipos específicos. Por un lado, y como ventajas, cita el efecto comunicativo del Derecho Penal, la mayor precisión en la cuantificación de la violencia de género a través de los datos oficiales y la eficacia preventiva⁶⁶⁶. A lo que le corresponde una serie de inconvenientes como la creación

664 Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general...*, cit., pág. 16.

665 Gómez Martín, Víctor: “Incitación al odio y género...”, cit., pág. 6.

666 Laurenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas...”, cit., págs. 787 a 795.

de un Derecho Penal simbólico, la pérdida del componente colectivo en la lucha contra la violencia de género desde el Código Penal⁶⁶⁷ o el reforzamiento de un sistema paternalista o de domesticación respecto de las mujeres por parte del legislador penal⁶⁶⁸. Inconvenientes a los que hay que añadir el problema de la vulneración del principio de proporcionalidad denunciado por ACALE SÁNCHEZ, al que después me referiré⁶⁶⁹, y el problema derivado de la falta de aplicación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado como consecuencia de la práctica judicial al llevar a cabo procedimientos judiciales de manera generalizada por los actos concretos de violencia y no por el delito habitual⁶⁷⁰.

El hecho de que la regulación de la violencia de género mediante el establecimiento de tipos género-específicos pueda tener un efecto comunicativo, no nos debe llevar a entender de forma automática que

667 Al regularse en el Código Penal los hechos que pueden ser constitutivos de violencia de género hay que tener en cuenta los principios básicos del Derecho Penal. Esto supone que un hecho colectivo, consecuencia de una sociedad patriarcal y de dominación sobre las mujeres, se valora de forma individualizada, sujeto a sujeto, bajo el tamiento del principio de culpabilidad individual del sujeto que es objeto de acusación. De este modo, un hecho social generalizado contra el que se pretende luchar desde los movimientos sociales, pasa a ser valorado como hechos individuales dentro del sistema jurídico penal.

668 Lorenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas...”, *cit.*, págs. 797 a 805.

669 Acale Sánchez, María: “Análisis del Código penal en materia de violencia de género...”, *cit.*, pág. 51.

670 Maqueda Abreu, María Luisa: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en AAVV: *Género, violencia y derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 377.

nos encontremos ante un Derecho Penal simbólico, en el que entramos “en el reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema”⁶⁷¹. En definitiva, el hecho de que la tipificación de este tipo de conductas, las de mayor reincidencia, pueda tener un efecto comunicativo, no ha de entenderse de forma automática como una práctica legislativa que consista en la regulación de conductas únicamente por el alcance social sin que efectivamente se esté produciendo una afección al bien jurídico protegido. Como indica Díez Ripollés, la deslegitimación de este tipo de preceptos penales parte “por carecer de tal legitimidad una buena parte de los efectos producidos, o los más significativos de entre ellos. Ahora bien, ese análisis no puede estar condicionado por la previa descalificación, total o parcial, de los efectos expresivo-integradores, tildados de simbólicos, pues de este modo se ignora el importante y deseable papel que esos efectos desempeñan en el marco de la reacción penal”⁶⁷².

En el presente caso, esto es, las conductas típicas incorporadas en el Código Penal con ocasión de la LMPIVG, no se limitan a dicho efecto expresivo-integrador, sino que efectivamente pretende la protección

671 Díez Ripollés, José Luis: “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, número 103, México DF, enero-abril de 2002, pág. 66. <http://www.redalyc.org/pdf/427/42710303.pdf> (web consultada en fecha 16 de diciembre de 2017).

672 *Ibid.*, pág. 87.

de bienes jurídicos protegidos y el incremento del injusto que se produce, habiendo sido amparados por el Tribunal Constitucional⁶⁷³. En este sentido, y como indica LAURENZO COPELLO, “los argumentos basados de modo exclusivo en los fines del Derecho penal permiten explicar así de modo satisfactorio las nuevas agravantes de género, sin que resulte necesario forzar un concepto como el de acción positiva, cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos”⁶⁷⁴.

Asimismo, la mayor precisión en la cuantificación estadística de los hechos delictivos constitutivos de violencia de género no debe ser tampoco el objetivo para determinar la creación o el mantenimiento de tipos género-específicos, siendo que no debe entenderse el mismo como un fin o un objetivo del Derecho Penal. No obstante, para mejorar la cuantificación de los actos delictivos relacionados con la violencia de género no es necesario establecer o mantener una serie de tipos penales, sino mejorar los mecanismos de la toma de datos. Es decir, que basta con una elaboración estadística que parta de la información facilitada desde los órganos judiciales en la que se especifique si en la condena se ha aplicado la agravante por violencia de género, independientemente de si hay un tipo específico o no. Hay que tener en cuenta a este respecto que el Observatorio contra la Violencia de Género tiene entre sus objetivos la realización de estudios y análisis de las resoluciones judiciales así como la formulación de las oportunas estadísticas y lleva

673 Inicialmente mediante la STC, Pleno, número 59/2008, de 14 de mayo, a la que le han seguido muchas otras en el mismo sentido.

674 Lorenzo Copello, Patricia: “La violencia de género en la Ley Integral...”, cit., pág. 21.

realizando dicha labor desde que se creara mediante el Convenio suscrito entre el CGPJ, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el veintiséis de septiembre de 2002.

Que la estipulación de tipos penales específicos en materia de violencia de género fuera el modo más adecuado para combatir estas actuaciones, cumpliendo los fines del Derecho Penal, “sería correcta si pudiera esperarse de las agravantes de género una eficacia preventiva de especial intensidad, capaz de inhibir a un mayor número de potenciales autores de la tentación de ejercer violencia sobre sus parejas”⁶⁷⁵, siendo que dicha eficacia carece actualmente de virtualidad, a la vista de los propios datos facilitados por el referido Observatorio.

La existencia de tipos género-específicos, por otro lado, pretende también “forzar a los jueces a un cambio de perspectiva capaz de romper con los viejos estereotipos que llevan a calificar como amenazas y coacciones leves ciertos supuestos que, fuera de la pareja, nadie dudaría en calificar de graves atentados a la libertad”⁶⁷⁶, siendo así que su regula-

675 *Ibidem.*

676 *Ibid.*, pág. 23.

En este mismo sentido, indica igualmente que para proteger mejor a las mujeres “el problema de fondo está en otro lado: no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal; el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema desde el que se pretende erradicarla, lo que con frecuencia se manifiesta en la minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos o incluso en su justificación, con la consecuencia sensación de impunidad para los autores y de desprotección para las mujeres”. Lorenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas...”, *cit.*, pág. 813.

ción mediante tipos específicos pretendería buscar la eficacia judicial en esta materia. No obstante, en la actualidad, esa perspectiva de género entiendo que carece de sentido, si tenemos en cuenta la formación que en este sentido se imparte a la judicatura, especialmente a través del Observatorio contra la Violencia de Género⁶⁷⁷, así como a la existencia de los Juzgados específicos en esta materia, regulados en el art. 87.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De este modo, “las leyes género específicas son muy poco aconsejables en países como España, donde ya existe una importante implicación social con las víctimas de la violencia de género; donde se han alcanzado cotas aceptables de concienciación de los operadores jurídicos (policía, fiscales, abogados, jueces); y, a consecuencia de todo ello, donde los hechos de violencia de género reciben generalmente la debida sanción penal. Sobre todo teniendo en cuenta, como hemos visto, que una batería de delitos género específicos no son garantía de una mayor protección de las mujeres, especialmente de las que se encuentran en situación de riesgo”⁶⁷⁸.

677 Una de las funciones del Observatorio es precisamente la formación de la judicatura en materia de violencia de género, teniendo gran actividad de reciclaje y formación inicial. Puede verse la actividad en esta materia en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Formacion/> (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

En este sentido, y en relación con la LMPIVG, COMAS D'ARGEMIR CENDRA indica que “se pone el acento en la adecuada preparación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, personal sanitario, equipos técnicos asistenciales, pero también en una formación específica de aquellos miembros de la Carrera Judicial que se van a especializar dada la dificultad de comprensión de todos los aspectos personales y sociales que subyacen en este problema”. Comas d'Argemir Cendra, Montserrat: “La ley integral contra la violencia de género...”, *cit.*, pág. 62.

678 Lorenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas...”, *cit.*, pág. 824.

En este sentido, nos recuerda PÉREZ MANZANO que “en los países en los que se ha introducido el feminicidio existe un déficit de persecución importante de la violencia de género, de modo que bastaría con aplicar las normas penales comunes para que las mayores injusticias que la desprotección provoca se paliaran. Y estos déficits de tutela no se resuelven por sí solos por elevar las penas, aunque la elevación de las penas pueda tener efectos comunicativos saludables sobre la entidad y dañosidad social del hecho”⁶⁷⁹.

Por el contrario, la situación actual, esto es, la regulación de algunos supuestos mediante tipos género-específicos, supone un problema de desproporcionalidad con respecto a aquellos otros hechos en los que no existe esta regulación. El legislador parece haber seleccionado una serie de supuestos por su mayor frecuencia⁶⁸⁰, y ello supone un déficit de proporcionalidad con respecto a otros hechos concretos consecuencia de la violencia de género. En este sentido ACALE SÁNCHEZ refiere que “ha venido a afirmar [el TC] que, en todo caso, ‘lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados –lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional– o una desigual-

679 Pérez Manzano, Mercedes: “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género...”, *cit.*, pág. 47.

680 No obstante, y con respecto a los delitos de homicidio y asesinato, en los que no existe agravación específica en los términos en los que sí prolifera en las legislaciones latinoamericanas, puede también tener como motivo la desaparición del riesgo en virtud del ciclo de violencia. Esto es, el legislador, al regular los malos tratos como delitos específicos puede haber pretendido al mismo tiempo interrumpir el ciclo de violencia que tiene como último escalón el delito de homicidio o de asesinato, por lo que desde dicha perspectiva carecería de sentido la regulación del feminicidio.

dad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia'. El hecho de que el Tribunal Constitucional entienda que el déficit de protección por desproporción inversa no tiene 'en principio, relevancia constitucional', no debe ser motivo suficiente para descalificar la labor del intérprete, y eso sí, parece que debería ser argumento de peso para que el legislador procediera a practicar las reformas legales oportunas para dotar de coherencia interna al Código penal", de modo que "el legislador español tiene una cita pendiente, en la que ha de corregir la desproporción que se ha incorporado en el seno del Código Penal por esta vía"⁶⁸¹.

A modo de ejemplo, en un supuesto de homicidio en el que incurriera la circunstancia agravante de discriminación por razones de género, el juzgador podrá imponer la pena en su mitad superior pero sin superar el marco penológico establecido para el delito cometido sin que concurra dicha motivación. Por el contrario, en un supuesto de coacciones leves cometido por un sujeto contra su padre se impondrá una pena de localización permanente de cinco a treinta días, trabajos en beneficio de la comunidad por el mismo tiempo o multa de uno a cuatro meses⁶⁸² (junto a las correspondientes penas accesorias), mientras que si se comete contra quien es su esposa, las penas ascenderán a prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días⁶⁸³ (junto a las correspondientes

681 Acale Sánchez, María: "Análisis del Código penal en materia de violencia de género...", *cit.*, pág. 51.

682 Art. 172.3 CP.

683 Art. 172.2 CP.

penas accesorias), lo que sin duda supone aplicar la pena en un grado superior, excediéndose así del marco punitivo establecido para las coacciones leves.

A fin de solucionar este conflicto de proporcionalidad, el legislador debería, o bien proceder conforme a la tipificación de cada una de las conductas que pueden ser constitutivas de delitos de violencia de género mediante la estipulación de los oportunos tipos género-específicos, o bien renunciar a los mismos remitiéndose a una circunstancia agravante genérica. Esto es, incorporando al art. 22 una circunstancia agravante consistente, aplicando la misma literalidad que el utilizado en la actualidad, en “cometer cualquiera de los delitos contra las personas cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En relación con la incorporación de más delitos género-específicos, PÉREZ MANZANO indica que “existen razones político-criminales que avalan la ausencia de necesidad de incorporar otros delitos género-específicos en el Código Penal español. Como sabemos, los Códigos Penales no prevén penas exactas para los delitos, sino marcos de penas, con un límite mínimo y un límite máximo que se puede recorrer por los jueces en consideración a las circunstancias concurrentes, atenuantes y agravantes. Pues bien, dichos marcos son tanto más escuetos cuanto menor es la gravedad del hecho, de modo que, por ello, la toma en consideración de las circunstancias concurrentes tiene un reflejo menor, digamos, proporcional al del valor global asignado al hecho y representado en el marco de pena. Por el contrario, cuanto más grave sea

el delito, más extenso será el marco de pena delimitado por sus límites mínimo y máximo, por lo que las especialidades del caso permitirán una toma en consideración más individualizada y extensa –la que permite recorrer un marco de pena más amplio–. Desde esta perspectiva, y partiendo de las penas, de por sí, muy graves que se contemplan en los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales y detenciones ilegales, puede sostenerse que el desvalor del hecho puede tomarse en consideración con el recorrido que permite el marco de las penas graves con las que se sancionan tales delitos”⁶⁸⁴.

Por los motivos referidos con anterioridad (especialización de órganos jurisdiccionales, formación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado así como de los operadores jurídicos, sensibilización social,...), y por la propia sistemática del Código Penal y el mantenimiento de la proporcionalidad en todo el texto punitivo, entiendo que lo oportuno sería optar por esta última opción. A mayor abundamiento, y con dicha literalidad, se salvarían los impedimentos que se plantean respecto a la necesidad o no de acreditar el ánimo de dominación al adoptar la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia número número 59/2008, de 14 de mayo.

Todo ello manteniendo la circunstancia agravante de discriminación por razones de género para aquellos supuestos en los que los sujetos intervinientes no fueren cónyuges, excónyuges o pareja de hecho presente o pasada en el momento de ocurrencia de la acción típica.

684 Pérez Manzano, Mercedes: “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género...”, *cit.*, pág. 43.

Referir, no obstante, que ambas circunstancias serían incompatibles entre sí, dado que condenar concurriendo ambas al mismo tiempo supondría la vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, debiendo aplicarse la propuesta agravante genérica de violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o expareja en virtud del principio de especialidad reconocido en el artículo 8.1ª del Código Penal. Y ello por cuanto que este tipo de violencia no es sino una de las manifestaciones de la violencia ejercida como consecuencia de la discriminación por razones de género.

Conclusiones

Conclusiones

PRIMERA La agravante genérica de discriminación por razones de género se introduce en el vigente Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de la cual se agrega a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal reconocida en el epígrafe cuarto del artículo veintidós, las razones de género como uno de los motivos de discriminación establecidos en el listado *numerus clausus* del precepto.

SEGUNDA En todos los Códigos Penales de la historia española, y hasta la aprobación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se ha reconocido el género como elemento circunstancial a valorar en aras a la determinación concreta de la pena, si bien haciendo referencia al respeto que por su sexo merecía la mujer ofendida como consecuencia de su lugar en la sociedad y en la familia.

TERCERA La antigua agravante se refiere al género aunque en el texto hiciera referencia al sexo, al remitirse al concepto de mujer construido

social y culturalmente, si bien, y a diferencia de la actual circunstancia de discriminación por razones de género, fomentaba la perpetuación y justificaba los roles establecidos socialmente para cada uno de los sexos atendiendo a una sociedad patriarcal en la que el papel de la mujer se limitaba a las funciones asistenciales y de cuidado, y en la que se exigía una estricta moralidad en su comportamiento.

CUARTA La circunstancia agravante de discriminación reconocida en el art. 22.4ª del Código Penal surge a principios de los años noventa ante la necesidad de incorporar la misma en el texto punitivo como reacción al incremento de los movimientos racistas, xenófobos y nacionalistas así como del integrista religioso en toda Europa, del que no es ajeno nuestro país. Aunque inicialmente las propuestas legislativas se remitían a estas motivaciones que guían el hecho delictivo, en el momento de la aprobación del actual Código Penal se ampliaron las mismas, fijándose en los motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

QUINTA Las motivaciones del sujeto activo como razón de agravación serán objeto de mayor concreción y ampliación, de modo que mediante la LO 5/2010 se introduce la identidad sexual y se cambia el concepto de minusvalía por discapacidad, y por la LO 1/2015 se agregan las razones de género como motivo de discriminación diferenciándolas, así, del sexo.

Esta última incorporación al texto punitivo es consecuencia del mandato establecido en el artículo 46 de la Convención sobre la elimina-

ción de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), que conminaba a los Estados Parte a establecer una serie de circunstancias que agravasen la responsabilidad criminal.

SEXTA El legislador, al aprobar la LMPIVG, y pese a las propuestas parlamentarias en ese sentido, no procedió a introducir una agravación genérica de la responsabilidad criminal por motivos de género en el artículo 22, sino que optó por la introducción de tipos género-específicos para determinados actos de violencia de género. Para la selección de las conductas se basó única y exclusivamente en criterios de frecuencia comisiva, lo que genera que determinados actos (por ejemplo, las coacciones leves) tengan su propia regulación específica, mientras que otros más graves (como el homicidio) requieran de la aplicación de la correspondiente circunstancia agravante genérica. Esta opción supone una vulneración del principio de proporcionalidad en relación con aquellos supuestos delictivos que carecen de la correspondiente regulación mediante tipos género-específicos. Ello ha provocado que actualmente se compatibilice la presencia en el Código Penal de una agravante genérica de discriminación por razones de género junto a tipos género-específicos, técnica legislativa que no es nueva en nuestro texto punitivo.

SÉPTIMA La enumeración, *numerus clausus*, de motivos de discriminación contemplada en el artículo 22.4ª contiene algunos términos que doctrinal y jurisprudencialmente han sido objeto de confusión, pero que no deben equipararse. Así, no deben confundirse los conceptos de género, sexo, orientación sexual e identidad sexual o de género, siendo acertada y necesaria su diferenciación e inclusión en el propio precepto.

OCTAVA Cuando el legislador se ha referido a las razones de género como motivo de discriminación, lo ha hecho en relación con el concepto derivado del propio Convenio de Estambul, y no con el concepto de violencia de género establecido en el art. 1.1 de la LMPIVG. Así, podemos definir la discriminación por razones de género, a efectos de interpretar la circunstancia agravante, como la actuación del sujeto activo contra el sujeto pasivo por razón de los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, con independencia de las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes.

NOVENA De ello se deriva, en primer lugar, que el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer, siempre que el motivo de la acción delictiva sea que el mismo no se ajusta a los roles socialmente establecidos (por ejemplo, un delito de *mobbing* o acoso laboral que se basa de manera exclusiva en el hecho de que el sujeto pasivo, hombre, se acoge a los permisos legal y convencionalmente establecidos para poder hacerse cargo de un hijo). No exige, por tanto, la relación presente o pasada de tipo conyugal o afectiva entre los sujetos activo y pasivo. Pero también se desprende que la violencia ejercida sobre la mujer que es o ha sido cónyuge o pareja sentimental del sujeto activo hombre en los términos establecidos en el art. 1 de la LMPIVG, es una forma específica de ejercer la violencia por razones de género.

DÉCIMA Las reformas y la legislación existente en materia de violencia de género así como de delitos de odio deben ser interpretadas con arreglo a los principios básicos del Derecho Penal, sin aceptar posicionamientos sancionadores basados únicamente en el pensamiento del autor o en un Derecho penal de autor o Derecho penal del enemigo.

UNDÉCIMA Pese a que parte de la doctrina ha valorado la intervención penal en materia de violencia de género como un auténtico Derecho penal del enemigo, lo cierto es que la interpretación de los tipos penales (así como de las normas procesales en esta materia) no deben conducir a dichas conclusiones. La circunstancia de que algunas prácticas policiales y/o judiciales (como la excesiva aplicación, según algunos autores, de las medidas de cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación) puedan interpretarse como no ajustadas a los principios básicos de un ordenamiento jurídico penal liberal basado en el hecho, no debe suponer de manera automática dicha calificación sobre la legislación existente, debiendo denunciarse dichas actuaciones concretas por los medios legalmente establecidos.

DUODÉCIMA Así, nuestro ordenamiento jurídico en materia de violencia de género no supone un adelantamiento de la barrera punitiva, el incremento de la pena dispone de justificación basada en la afección al bien jurídico protegido y debe mantenerse el respecto a las garantías procesales en los mismos términos que para el resto de delitos y sujetos. No obstante, cualquier interpretación sobre la circunstancia agravante de discriminación por razones de género, deberá atender a los principios básicos de un Derecho Penal del hecho, sin que sea sancionable, *per se*, el pensamiento del sujeto activo o su propia pertenencia a un grupo social o de sujetos.

DECIMOTERCERA El Código Penal español reconoce distintos tipos de agravantes: por un lado, las agravantes genéricas reguladas en su artículo 22, entre las que está la que es objeto del presente estudio; por otro, las circunstancias agravantes específicas que se pueden contemplar en determinados delitos de la parte especial. Así, el legislador es-

pañol ha compatibilizado ambos sistemas de circunstancias generales o genéricas y especiales o específicas. En cualquier caso, toda circunstancia agravante es un elemento accidental del delito que, como tal, no afecta a la esencial del tipo delictivo y, aunque no se trata de un posicionamiento unitario y pacífico en la doctrina, entiendo que debe estar fundamentado, partiendo de la teoría jurídica del delito, en un incremento del injusto del hecho o en una mayor o menor culpabilidad del autor, siendo ambos modulables.

DECIMOCUARTA El fundamento, naturaleza jurídica y su carácter comunicable, en cualquier caso, carecen de interdependencia entre sí, de modo que habrá que analizar cada uno de estos aspectos para poder analizar, de forma global, la circunstancia concreta. Pero, a mayor abundamiento, son diferentes en cada una de las circunstancias, por lo que deberán ser objeto de valoración de forma individualizada.

DECIMOQUINTA Asimismo, toda circunstancia agravante está compuesta por un elemento objetivo y un elemento subjetivo y, en algunos casos, un elemento normativo que limita los supuestos en los que resulta de aplicación. Debemos entender por elemento objetivo toda suerte de datos, factores, caracterizaciones o acontecimientos referidos al objeto y que están fuera del ámbito del sujeto, al margen de su conciencia. Y por elemento subjetivo, datos, situaciones o procesos referidos al sujeto; esto es, su modo de pensar, sus motivaciones y procesos de su psique que quedan al margen del objeto en sí. Así, debe realizarse la conducta conforme a lo dispuesto en la concreta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y, al mismo tiempo, debe concurrir en el sujeto activo la intención que no solo abarque el hecho delictivo, sino también las circunstancias

por las que se entienda que se produce un incremento del injusto o una mayor culpabilidad.

DECIMOSEXTA Todo ello teniendo en cuenta que el error sobre la circunstancia agravante, vencible o invencible, provocará su inaplicabilidad, debiendo mantener el tipo básico, al tratarse precisamente de un elemento accesorio al delito.

DECIMOSÉPTIMA Por último, un mismo hecho (igualdad de sujetos, de hecho y de fundamento) no podrá dar lugar a más de una circunstancia agravante y tampoco podrá concurrir cuando lo que es objeto de agravación resulte inherente, de forma expresa o tácita, al tipo básico.

DECIMOCTAVA La circunstancia agravante de la responsabilidad criminal por motivos discriminatorios tiene su fundamento en el incremento del injusto que supone llevar a cabo la conducta típica exclusivamente y por el mero hecho de que el sujeto pasivo del delito pertenezca a la minoría discriminada con el fin de privarle de la dignidad que le corresponde como persona.

DECIMONOVENA Este fundamento, en concreto en relación con la discriminación por razones de género, supone la comisión de los hechos por parte del sujeto activo por la mera circunstancia de que el sujeto pasivo del delito, hombre o mujer, no adecúe su comportamiento a los roles de género establecidos en una sociedad heteropatriarcal y dicotómica. Por ejemplo, cuando un superior jerárquico en una relación laboral ejerce acoso o *mobbing* en los términos establecidos en el segundo párrafo del art. 173.1 del Código Penal, cuando este traiga causa, única y exclusivamente, en la voluntad del sujeto activo de atentar contra la

dignidad del trabajador o funcionario porque este ha tomado decisiones que suponen un desajuste de su modo de actuación a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres –por ejemplo, cuando un hombre solicita permisos de paternidad para cuidar de un hijo recién nacido o adoptado. O, por ejemplo, cuando un sujeto, hombre o mujer, agrede a una mujer que ejerce la prostitución o que tiene relaciones sexuales al margen de una relación sentimental normativa por el mero hecho de entender que no ajusta su comportamiento al que se espera de una mujer por el mero hecho de ser mujer.

VIGÉSIMA Aceptar que el fundamento radica en la culpabilidad, entiendo que supondría admitir postulados del Derecho Penal del enemigo y principios no democráticos, sancionando el fuero interno del individuo del sujeto activo.

VIGÉSIMA PRIMERA En cuanto a la naturaleza jurídica de la circunstancia, hay que tener en cuenta que esta no supone una mayor gravedad del mal producido por el delito. Esto es, no se produce una mayor afección a la integridad física, el patrimonio, etc., del sujeto pasivo por el hecho de que el sujeto activo cometa el delito exclusivamente por un motivo discriminatorio, ni supone tampoco una modificación en la forma de ejecutar el hecho delictivo, sino que lo que pretende es reprenderle por no ajustarse al rol de género socialmente establecido, afectando así a su dignidad. Ello, por tanto, supone necesariamente descartar la naturaleza objetiva y entender que la circunstancia es de naturaleza subjetiva.

VIGÉSIMA SEGUNDA En cuanto a los elementos concurrentes para poder entender que la circunstancia es aplicable a un supuesto concreto, de-

beremos diferenciar entre el elemento objetivo y el elemento subjetivo.

VIGÉSIMA TERCERA El elemento objetivo supone necesariamente que el sujeto pasivo lleve a cabo una actuación contraria a los roles de género establecidos en una sociedad patriarcal y dicotómica (por ejemplo, que un hombre se dedique a funciones de cuidado reservadas a las mujeres, o que una mujer lleve a cabo actividades personales o profesionales que se entiendan impropias de su género, como un comportamiento sexual liberal). Ello supone que el denominado error inverso, esto es, la creencia errónea en el autor de que el sujeto pasivo lleva a cabo este tipo de actividades, supondrá necesariamente la inaplicabilidad de la circunstancia modificativa de discriminación por razones de género. Esta conclusión es necesaria, además, atendiendo al fundamento de la circunstancia agravatoria, entendido como un incremento del injusto. Así, por ejemplo, en el caso del sujeto pasivo mujer sobre quien se comete un delito de lesiones porque el sujeto activo cree que no se ajusta al rol de género al tener relaciones sexuales con distintos hombres sin guardar fidelidad a su cónyuge varón, podría ocurrir que esa figuración sobre la vida sexual del sujeto pasivo no fuera real, sino fruto de un error apreciativo del sujeto activo. Supuesto en el que se debería entender que no concurre el elemento objetivo y, por lo tanto, debería descartarse la aplicación de la circunstancia agravante.

VIGÉSIMA CUARTA El elemento subjetivo requiere que el motivo determinante, y no simplemente concurrente, por el que se ha llevado a cabo el hecho típico sea precisamente la discriminación por razones de género. Si es únicamente un motivo más de entre los que ha conducido al sujeto activo, no podrá aplicarse la agravante, siendo que el mismo deberá ser objeto de acreditación mediante la actividad proba-

toria pertinente en el procedimiento judicial. Todo ello atendiendo a la dificultad de probar lo que no es sino parte de la esfera o de la actitud interna del sujeto activo.

VIGÉSIMA QUINTA En virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal, en concreto en su primer epígrafe, la circunstancia agravante solo podrá aplicarse a aquellos sujetos en los que efectivamente concurra la motivación, y no frente al resto de partícipes pese a que fueren conocedores de la misma. Dicha conclusión se deriva de entender, partiendo de la naturaleza subjetiva de la circunstancia, que nos encontramos ante una circunstancia personal en el sentido establecido en dicho precepto.

Pese a que pueda parecer contradictorio no aplicar la agravación de la pena a quien es conocedor de esa motivación en otros sujetos intervinientes en el hecho delictivo, desde el momento en el que se ha fundamentado la circunstancia en el incremento del injusto, el principio de legalidad y lo dispuesto en el artículo 65.1 del Código Penal obliga a concluir en este sentido.

VIGÉSIMA SEXTA La circunstancia agravante por discriminación no podrá aplicarse en más de una ocasión ante un mismo hecho. Esto es, que la existencia de una discriminación múltiple o interseccional (por ejemplo por razones de género y al mismo tiempo por motivos étnicos) supondrá la aplicación una sola vez de esta circunstancia, debiendo, no obstante, determinarse los motivos de discriminación que han llevado al sujeto activo a llevar a cabo dicha acción, y debiendo concurrir los elementos objetivo y subjetivo al menos respecto a uno de esos motivos de discriminación.

VIGÉSIMA SÉPTIMA La jurisprudencia menor existente hasta la fecha en relación con la discriminación por razones de género ha venido a entender que existe distinto fundamento entre esta y la circunstancia mixta de parentesco, apreciando que ambas son, por tanto compatibles. Hecho contrario a lo que la doctrina entendía que iba a ocurrir ante la aprobación de esta circunstancia, esto es, a desplazar la circunstancia mixta en favor de la que es objeto del presente estudio.

No obstante, dicha aplicación de ambas circunstancias de forma concurrente infringe claramente la prohibición de incurrir en *bis in idem*, siendo que ambas resultan incompatibles al existir el mismo fundamento, hecho y sujetos. Para ello hay que tener en cuenta que el fundamento de la circunstancia mixta, tras la reforma operada mediante LO 11/2003, no es la confianza existente entre los sujetos (ello atendiendo a que se reconocen también relaciones pasadas), sino el favorecimiento de la relación presente o pasada para la comisión del hecho. En este sentido, la violencia de género cometida en el ámbito de la pareja o la expareja es una expresión concreta de la violencia sobre la mujer por razones de género, en los términos reconocidos en el art. 3.d) del Convenio de Estambul en relación con el art. 2 del mismo. Violencia en la que la pareja o expareja aprovecha la relación existente o pasada para ejercer la función de dominación de la que se le presupone beneficiario por ser hombre.

VIGÉSIMA OCTAVA La violencia que un varón comete sobre quien es o ha sido su cónyuge o pareja sentimental mujer, es una expresión de la violencia sobre la mujer por razones de género, por lo que no es posible aplicar al mismo tiempo sendas circunstancias agravatorias. De este modo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 8.1ª del Código Penal,

deberá aplicarse la circunstancia agravatoria contenida en el epígrafe cuarto del artículo 22, esto es, la discriminación por razones de género.

VIGÉSIMA NOVENA Por el contrario, la circunstancia discriminatoria por razones de género es compatible con el abuso de superioridad (también denominada alevosía de segundo grado o alevosía menor), dado que la violencia por razones de género no se basa en el entendimiento de que uno de los sexos es más débil que el otro en términos físicos, lo que supondría una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española. La discriminación por razones de género no lleva implícita, de este modo, una situación de inferioridad, esto es, la sumisión de la mujer a una serie de roles o papeles sociales y/o familiares no son consecuencia de una inferioridad física.

Ambas circunstancias tienen un fundamento diferenciado que posibilita su aplicación conjunta, cuando concurren los elementos subjetivos y objetivos de las mismas, sin incurrir en *ne bis in idem*.

TRIGÉSIMA El principio de inherencia, esto es, la incompatibilidad entre la circunstancia y el tipo básico al que le resulta accesorio derivado de la propia descripción del tipo reconocido en el artículo 67 del Código Penal, supone la limitación de aplicar la agravante de discriminación por razones de género a algunos tipos delictivos, bien por inherencia expresa (por contener dichas razones de manera expresa en el propio texto del delito) o bien por inherencia tácita (por entender que la circunstancia es de tal forma inherente al delito que, sin su concurrencia, el tipo básico no existiría).

TRIGÉSIMA PRIMERA Así, y en virtud del principio de inherencia expresa,

no resulta compatible la circunstancia con los tipos género-específicos en materia de violencia de género (artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal) ni con los denominados *hate crimes* o delitos de odio que introducen el sexo o el género como motivación (artículos 170.1, 174, 314, 510, 511, 512, 515.4, 607 y 607 bis del Código Penal). No obstante, sería oportuno modificar los arts. 174 y 170.4 para recoger expresamente las razones de género como motivo de discriminación sin necesidad de remitirse a la cláusula abierta establecida en dichos preceptos, e incorporarlas también en el art. 515, en el que se hace referencia al sexo pero no a las razones de género.

TRIGÉSIMA SEGUNDA Igualmente, y en relación con la inherencia tácita, no sería compatible con los delitos de mutilación genital reconocido en el artículo 149.2 CP ni con el delito de trata de personas para su explotación sexual (art. 177 bis CP) mientras que sí sería compatible con el delito de matrimonio forzado o forzoso, reconocido en el artículo 172 bis CP (por ejemplo cuando nos encontremos ante un matrimonio forzado por cuestión de honor, esto es, obligar a la mujer a casarse con quien ha cometido una agresión sexual contra ella).

TRIGÉSIMA TERCERA Aunque la existencia de una regulación integral (no solo en el ámbito penal sino también educativo, social, laboral, etc.) para luchar contra la violencia de género y proteger a las mujeres que la sufren en los términos de la LMPIVG no es habitual en otros Estados, la forma de llevar a cabo dicha lucha en el ámbito penal sí es similar, esto es, mediante el establecimiento de una circunstancia agravante genérica y la regulación de tipos género-específicos. No obstante, en el ámbito europeo se tiende a contemplar esta regulación principalmente en materia de violencia en el ámbito familiar o asimilado y no

en la violencia de género, y en el ámbito latinoamericano se ha regularizado con carácter generalizado el delito de femicidio o feminicidio.

En definitiva, la concurrencia o compatibilización de ambos sistemas (reconocimiento al mismo tiempo de la violencia por razones de género tanto en la parte general como en la parte especial), no es aislada. Siendo además una técnica que se ha utilizado en nuestro propio ordenamiento jurídico para otras circunstancias.

TRIGÉSIMA CUARTA El establecimiento de una serie de tipos género-específicos, seleccionados por el legislador con base en la reiteración delictiva, ha supuesto, como se ha indicado en la conclusión sexta, un problema de proporcionalidad con respecto a aquellos hechos, en ocasiones más graves, en los que igualmente concurre violencia por razones de género cometida por quien es el cónyuge, excónyuge, pareja o expareja. Por ello, debería corregirse dicha problemática bien mediante la inclusión de la agravación específica en cada uno de los supuestos en los que pudiese concurrir, o bien eliminando los tipos género-específicos en favor de una nueva agravante genérica y concreta para estos supuestos.

TRIGÉSIMA QUINTA Teniendo en cuenta la actual especialización de los órganos judiciales, la formación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y del resto de operadores jurídicos, la sensibilidad social, la dificultad de reconocer todos los delitos concretos en los que puede concurrir violencia de género, etc., en aras a una simplificación del texto punitivo, sería oportuno optar por esta segunda posibilidad.

TRIGÉSIMA SEXTA De este modo se propone, *lege ferenda*, mantener la circunstancia agravante por razones de género para todos los supues-

tos de violencia o discriminación por dicho motivo, pero incorporar una nueva circunstancia agravante en el listado *numerus clausus* contenido en el artículo 22 CP, más específica, consistente en cometer cualquiera de los delitos contra las personas cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Todo ello eliminando los tipos género-específicos reconocidos a lo largo del texto punitivo en materia de violencia de género.

Circunstancia esta última que sería incompatible con la circunstancia genérica de discriminación por razones de género y que, en virtud del principio de especialidad reconocido en el artículo 8.1^º CP, resultaría de aplicación preferente sobre la reconocida en el epígrafe 4^º.

Apéndice jurisprudencial

Apéndice jurisprudencial

Jurisprudencia constitucional

Sentencia del TC, Sala 2ª, número 69/1986, de 22 de mayo. EDJ 1986/65.

Sentencia del TC, Pleno, número 59/2008, de 14 de mayo. CJ 31895/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 76/2008, de 3 de julio. CJ 86612/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 81/2008, de 17 de julio. CJ 8202/2005.

Sentencia del TC, Pleno, número 82/2008, de 17 de julio. CJ 102303/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 83/2008, de 17 de julio. CJ 103539/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 95/2008, de 24 de julio. CJ 103536/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 96/2008, de 24 de julio. CJ 103535/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 97/2008, de 24 de julio. CJ 102305/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 98/2008, de 24 de julio. CJ 102307/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 99/2008, de 24 de julio. CJ 102306/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 100/2008, de 24 de julio. CJ 102301/2008.

Sentencia del TC, Pleno, número 45/2009, de 19 de febrero. CJ 1887/2009.

Sentencia del TC, Sala Primera, número 107/2009, de 4 de mayo. CJ 58187/2009.

Sentencia del TC, Pleno, número 127/2009, de 26 de mayo. CJ 76108/2009.

Sentencia del TC, Pleno, número 151/2009, de 25 de junio. CJ 119829/2009.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia del TS, Sala 2ª, Sección Primera, de 6 de octubre de 1915.

Sentencia del TS, Sala 2ª, Sección Primera, de 29 de mayo de 1948.
ECLI ES:TS:1948:1107.

Sentencia del TS, Sala 2ª, Sección Primera, de 22 de mayo de 1954.
ECLI ES:TS:1954:1259.

Sentencia del TS, Sala 2ª, Sección Primera, de 13 de abril de 1955.
ECLI ES:TS:1955:3308.

Sentencia del TS, Sala 2ª, Sección Primera, de 9 de mayo de 1957. ECLI
ES:TS:1957:701.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 20 de abril de 1966.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 23 de octubre de 1969. ECLI ES:TS:1969:1656.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 3 de febrero de 1970. ECLI ES:TS:1970:630.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 1977. ECLI ES:TS:1977:212.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 37/1978, de 13 de abril. EDJ 1978/851.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 25 de junio de 1978.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1103/1978, de 20 de diciembre. EDJ 1978/1625.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 999/1980, de 3 de octubre. EDJ 1980/2224.

Sentencia del TS, Sala 2ª, de 25 de septiembre de 1986. CJ 11333JF/0000.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1089/1998, de 29 de septiembre. EDJ 1998/17490.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1288/2000, de 18 de julio. EDJ 2000/24411

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 927/2000, de 24 de junio. EDJ 2000/15864.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1458/2000, de 18 de septiembre. ECLI ES:TS:2000:6505.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 357/2002, de 4 de marzo. CJ 4741/2002.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 713/2002, de 24 de abril. CJ 6305/2002.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1341/2002, de 17 de julio. CJ 7746/2002.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 364/2003, de 13 de marzo. CJ 1565/2003.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1437/2003, de 4 de noviembre. EDJ 2003/186714.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 3/2005, de 14 de diciembre. CJ 281318/2005.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 15/2006, de 13 de enero. CJ 10903/2006.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 241/2006, de 24 de febrero. EDJ 2006/24794.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 829/2006, de 20 de julio. EDJ 2006/109810.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1160/2006, de 9 de noviembre. CJ 150063/2006.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1145/2006, de 23 de noviembre. EDJ 2006/337349.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 655/2007, de 25 de junio. EDJ 2007/104570.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1243/2009, de 30 de octubre. CJ 237309/2009.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1310/2009, de 22 de diciembre. CJ 247572/2009.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 360/2010, de 22 de abril. CJ 34237/2010.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 460/2010, de 14 de mayo. CJ 60049/2010.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1140/2010, de 29 de diciembre. EDJ 2010/279606.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 815/2011, de 11 de julio. CJ 119807/2011.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 765/2011, de 19 de julio. CJ 119820/2011.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1352/2011, de 12 de diciembre. CJ 267817/2011.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1010/2012, de 21 de diciembre. CJ 210030/2012.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 615/2013, de 1 de febrero. ECLI ES:TS:2013:615.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 663/2013, de 2 de julio. CJ 120751/2013.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 662/2013, de 18 de julio. CJ 121623/2013.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 1037/2013, de 27 de diciembre. CJ 231049/2013.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 856/2014, de 26 de diciembre. CJ 182615/2014.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 112/2015, de 10 de febrero. CJ 18061/2015.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 314/2015, de 4 de mayo. CJ 71842/2015.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 983/2016, de 11 de enero. CJ 26/2017.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 79/2016, de 10 de febrero. CJ 3297/2016.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 544/2016, de 21 de junio. CJ 71309/2016.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 214/2017, de 29 de marzo. CJ 19095/2017.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 225/2017, de 30 de marzo. CJ 19105/2017.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 804/2017, de 11 de diciembre. EDJ 2017/272863.

Sentencia del TS, Sala 2ª, número 396/2018, de 9 de febrero. ECLI ES:TS:2018:396.

Jurisprudencia de TSJ y Audiencias Provinciales

Sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, número 3/2005, de 14 de diciembre. CJ 281318/2005.

Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 7ª, número 24/2010, de 15 de enero. CJ 42591/2010.

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 29ª, número 53/2010, de 30 de junio. CJ 139217/2010.

Sentencia de la AP de Granada, número 638/2010, de 8 de noviembre. EDJ 2010/376885.

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 7ª, número 34/2013, de 19 de marzo. CJ 18755/2013.

Sentencia de la AP de Cádiz, Sección 6ª, número 32/2013, de 15 de marzo. CJ 53067/2013.

Sentencia de la AP de Guadalajara, Sección 1ª, número 19/2014, de 22 de octubre. EDJ 2014/273948.

Sentencia de la AP de León, Sección 3ª, número 35/2016, de 1 de febrero. CJ 5687/2016.

Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, número 64/2017, de 23 de febrero. CJ 4907/2017.

Sentencia de la AP de Valencia, Sección 2ª, número 145/2017, de 3 de marzo. EDJ 2017/90180.

Sentencia de la AP de Lleida, Sección 1ª, número 119/2017, de 28 de marzo. CJ 71649/2017.

Sentencia de la AP de Cuenca, Sección 1ª, número 26/2017, de 7 de noviembre.

Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 1ª número 350/2017, de 30 de noviembre. CJ 197129/2017.

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 27ª, número 743/2017, de 1 de diciembre. EDJ 2017/249156.

Sentencia de la AP de Asturias, Sección 8ª, número 2/2018, de 26 de enero. CJ 5454/2018.

NOTA

La selección del presente apéndice no corresponde a un vaciado completo de jurisprudencia en la materia por razones de cantidad, habiéndose citado las que han sido utilizadas para la realización del presente trabajo.

Bibliografía consultada

Bibliografía consultada

AAVV: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006.

AAVV, Abril Stoffels, Ruth María (dir.): *Mujer e igualdad: participación política y erradicación de la violencia*, editorial Huygens, Barcelona, 2015.

AAVV, Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

AAVV, Aranda Álvarez, Elviro (dir.): *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, editorial Dykinson, Madrid, 2005.

AAVV, Boix Reig, Javier y Martínez García, Elena (coord.): *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2005.

AAVV, Boldova Pasamar, Miguel Ángel y Rueda Martín, Mª Ángeles (coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, editorial Atelier, Barcelona, 2006.

AAVV, Burgos Ladrón de Guevara, Juan (coord.): *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, 1ª edición, editorial Comares, Granada, 2007.

AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006.

AAVV, Castillejo Manzanares, Raquel (dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, editorial La Ley, Madrid, 2011.

AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006.

AAVV, Cervilla Garzón, María Dolores y Fuentes Rodríguez, Francisca (coords.), *Mujer, Violencia y Derecho*, editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

AAVV, De Hoyos Sancho, Montserrat: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

AAVV, Freixes Sanjuán, Teresa y Román Martín, Laura (eds.): *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*, editado por la Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2014.

AAVV, Ganzenmüller Roig, Carlos, Escudero Moratalla, José Francisco y Frigola Vallina, Joaquín (coords.): *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, editorial Bosch, Barcelona, 2000.

AAVV, García Arán, Mercedes (coord.): *Trata de personas y explotación sexual*, editorial Comares, Granada, 2006.

AAVV, García Ortiz, Lourdes y López Anguita, Begoña (dir.): *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, editado por el CGPJ, Madrid, 2006.

AAVV, Gómez Colomer, Juan Luis (coord.): *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, 1ª edición, editado por el Servei de Comunicació i Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007.

AAVV, Gómez Tomillo, Manuel: *Comentarios al Código Penal*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.

AAVV, González Bustos, M^a Ángeles: *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, editorial Atelier, Barcelona, 2009.

AAVV, González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

AAVV, Huerta Tocildo, Susana y Pérez Manzano, Mercedes: *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

AAVV, Jiménez Díaz, María José (dir.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, editorial Dykinson, Madrid, 2009.

AAVV, Latorre Latorre, Virgilio (coord.): *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

AAVV, Lorenzo Copello, Patricia, Maqueda Abreu, María Luisa y Rubio Castro, Ana María (coords.): *Género, violencia y derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

AAVV, Marchal Escalona, Antonio Nicolás (dir.): *Manual de lucha contra la violencia de género*, 1ª ed., Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2010.

AAVV, Martínez García, Elena (dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

AAVV, Mir Puig, Santiago (dir.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

AAVV, Missé, Miquel y Coll-Planas, Gerard (ed.): *El género desordenado. Críticas en torno a la patalogización de la transexualidad*, editorial Egales, Barcelona, 2010.

AAVV, Montalbán Huertas, Inmaculada (dir.): *La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, editado por el CGPJ, Madrid, 2006.

AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

AAVV, Muerza Esparza, Julio (coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

AAVV, Muñoz Cuesta, Javier (coord.): *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, editorial Aranzadi, Navarra, 1997.

AAVV, Muñoz Machado, Santiago (dir.): *Diccionario del español jurídico*, elaborado por la Real Academia de la Lengua Española y el Consejo General del Poder Judicial, editorial Espasa, Madrid, 2016.

AAVV, Núñez Castaño, Elena (dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

AAVV, Polo García, Susana y Peramato Martín, Teresa (dir.): *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, editado por el CGPJ, Madrid, 2007.

AAVV, Puente Aba, Luz María (dir.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, editorial Comares, Granada, 2010.

AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

AAVV, Rivas Vallejo, M^a Pilar y Barrios Baudor, Guillermo L.: *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

AAVV, Rodríguez Calvo, María Sol y Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando (dir.): *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-legales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AAVV, Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.

AAVV, Sanz Mulas, Nieves, González Bustos, M^a Ángeles y Martínez Gallego, Eva M^a: *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, editorial Iustel, Madrid, 2005.

AAVV, Serra Cristóbal, Rosario (coord.): *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

AAVV, Tena Franco, Isabel (dir.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, editado por el CGPJ, Madrid, 2005.

AAVV, Villacampa Estiarte, Carolina (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

AAVV, Vives Antón, Tomás S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

AAVV, Zugaldía Espinar, José Miguel (dir.): *Derecho Penal, parte general*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AAVV, Zugaldía Espinar, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal. Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Acale Sánchez, María: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 1ª edición, editorial Reus, Madrid, 2006.

Acale Sánchez, María: "Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor en el Código Penal Español", en *Revista de derecho penal*, número 16, editado por la Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2006, págs. 17 a 38.

Acale Sánchez, María: "Sobre el fundamento de las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género en materia penal", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, número 3, editada por Editorial Reus, Reus, 2007, págs. 327 a 358.

Acale Sánchez, María: “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en AAVV, Villacampa Estiarte, Carolina (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 87 a 162.

Acale Sánchez, María: “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 7, editado por la Universidad de La Rioja, Logroño, 2009, págs. 37 a 73. <http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero7/acle.pdf> (enlace web consultado el 17 de enero de 2018).

Acale Sánchez, María: “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en AAVV, Puente Alba, Luz María (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, editorial Comares, Granada, 2010, págs. 61 a 117.

Acale Sánchez, María: “La perspectiva de género en el derecho penal español”, en AAVV, Faraldo-Cabana, Patricia (dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, editorial Comares, Granada, 2010, págs. 3 a 30.

Acale Sánchez, María: “Violencia de género y/o violencia doméstica. Modelos de intervención”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 33, editada por la Universidad de la República, Uruguay, 2012, págs. 11 a 38.

Acale Sánchez, María: “Maltrato. Art. 153” en AAVV, Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 533 a 536.

Acale Sánchez, María: “Mujer, Constitución de 1812 y Derecho Penal” en AAVV, Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Política criminal de ‘La Pepa’. El Derecho penal de la cotidianeidad*, editado por la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2012, págs. 11 a 48.

Aguilar Cárceles, Marta María: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 53 a 80.

Aller, Germán: “El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 79 a 118.

Alonso Álamo, Mercedes: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 95, editorial Dykinson, Madrid, 2008, págs. 65 a 93.

Antón Oneca, José: “Historia del Código penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 18, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1965, págs. 263 a 278.

Antón Oneca, José: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco” en *ADPCP*, tomo 18, número 3, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1965, págs. 473 a 496.

Antón Oneca, José: “Historia del Código penal de 1870” en *ADPCP*, tomo 23, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, págs. 229 a 252.

Antón Oneca, José: “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español” en *ADPCP*, tomo 25, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1972, págs. 249 a 288.

Aponte, Alejandro: “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 163 a 204.

Aranguren Vigo, Miren Edurne: “Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz”, en AAVV, Marchal Escalona, Antonio Nicolás (dir.): *Manual de lucha contra la violencia de género*, 1ª ed., Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 97 a 114.

Arias Eibe, Manuel José: *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, editorial JB Bosch editor, Barcelona, 2007.

Arroyo de las Heras, Alfonso: “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante”, en AAVV, Muñoz Cuesta, Javier (coord.): *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997, págs. 107 a 124.

Asúa Batarrita, Adela: “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 239 a 276.

Bacigalupo Zapater, Enrique: “La individualización de la pena en la reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, monográfico, Madrid, 1980.

Bajo Fernández, Miguel: “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoço, ‘Normativización del Derecho penal y realidad social’, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2007”, en *Revista InDret para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2008 Barcelona, julio de 2008.

Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el Derecho Penal*, editorial Comares, Granada, 1998.

Besio Hernández, Martín: *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Bielsa Corella, María del Carmen: *La circunstancia mixta de parentesco en el código penal español*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Boix Reig, Javier: “De nuevo sobre el principio de legalidad” en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 15, editada por la Universidad de las Islas Baleares, 1986.

Boix Reig, Javier: *La protección penal de las libertades*, Discurso de ingreso como Académico de número en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 9 de enero de 2003. <http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo55.pdf> (enlace web consultado el 3 de enero de 2017).

Boldova Pasamar, Miguel Ángel y Rueda Martín, María Ángeles: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras la reforma de 2003 del Código penal español”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, editada por la UNED, Madrid, 2004, págs. 11 a 58.

Bolea Bardón, Carolina: “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *RECPC* número 09-02 (2007), edi-

tada por la Universidad de Granada, Granada, 2007.

Borja Jiménez, Emiliano: “Globalización y concepciones del Derecho Penal” en *REPC*, tomo XXIX 2009, Madrid, 2009.

Borja Jiménez, Emiliano: “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4^a”, en AAVV, González Cussac, José L. (dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2^a edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 119 a 123.

Borja Jiménez, Emiliano: *La aplicación de las circunstancias del delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Bronx Sáenz de la Calzada, Alicia: “Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española en materia de violencia contra las mujeres”, en *Filanderas. Revista interdisciplinar de estudios feministas*, editada por la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, número 2, 2017, págs. 75 a 84. <https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/filanderas/article/view/2310> (enlace web consultado el 17 de enero de 2018).

Brunet Icart, Ignasi; “La perspectiva de género”, en *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, editada por la Asociación Castellano-Manchega de Sociología, Toledo, núm. 9, 2008.

Bustos Ramírez, Juan José y Hormazábal Malarée, Hernán: *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 1^a edición, editorial Trotta, Madrid, 2004.

Butler, Judith: *Deshacer el género*, 1^a edición, editorial Paidós, Barcelona, 2006.

Butler, Judith: “Relaciones de género”, traducido por Silva, Moisés, en *Revista de estudios de género La Ventana*, editada por la Universidad de Guadalajara (México), núm. 23, 2006.

Butler, Judith: *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, 1ª edición, editorial Paidós, Barcelona, 2007.

Campos Cristóbal, Raquel: *El delito de violencias habituales en el ámbito familiar: bien jurídico y delimitación del injusto típico*, dirigida por Javier Boix Reig, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2003. <http://roderic.uv.es/handle/10550/38622> (web consultada el 16 de noviembre de 2017).

Campos Cristóbal, Raquel: "Tratamiento penal de la violencia de género" en AAVV, Boix Reig, Javier y Martínez García, Elena (coord.): *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2005, págs. 251 a 274.

Cancio Meliá, Manuel y Jakobs, Günther: *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003.

Cancio Meliá, Manuel: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 341 a 382.

Casabó Ruiz, José Ramón: "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787" en *ADPCP*, tomo 22, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1969, págs. 313 a 342.

Casabó Ruiz, José Ramón: *El proyecto de Código criminal de 1830*, editado por la Universidad de Murcia, Murcia 1978.

Casabó Ruiz, José Ramón: *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, editado por la Universidad de Murcia, Murcia 1978.

Casabó Ruiz, José Ramón: *El proyecto de Código criminal de 1834*, editado por la Universidad de Murcia, Murcia 1978.

Casabó Ruiz, José Ramón: *El proyecto de Código penal de 1938 de F.E.T y de las J.O.N.S.*, editado por la Universidad de Murcia, Murcia 1978.

Casabó Ruiz, José Ramón: *El proyecto de Código criminal de 1939*, editado por la Universidad de Murcia, Murcia 1978.

Casabó Ruiz, José Ramón: “La aplicación del Código penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 32, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, págs. 333 a 344.

Colás Turégano, Asunción: “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género” en AAVV, Carbonell Mateu, Juan Cárlos, González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique (coords.): *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 371 a 388.

Comas d’Argemir Cendra, Montserrat: “La ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 4, septiembre de 2004, editada por la Junta de Castilla y León, León, 2004, págs. 43 a 78.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un ‘Derecho penal de dos velocidades’?”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 383 a 414.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales” en AAVV, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.): *Constitución y sistema penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 153 a 174.

Cornacchia, Luigi: “La moderna hostis iudicatio. Entre norma y estado de excepción”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 415 a 456..

Crenshaw, Kimberlé Williams: “Cartografiando los márgenes: interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color” en Platero Méndez, Raquel (Lucas): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editorial Bellaterra, Barcelona, 2012, págs. 87 a 122.

Cruz Blanca, María José: “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal” en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, editorial Edersa, Madrid, 2002, págs. 19 a 52.

Cuello Contreras, Joaquín: *El Derecho Penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del Derecho*, 3ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2002.

Cuerda Arnau, María Luisa: “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en *RGDP*, núm. 13, editada por *Iustel*, Madrid, 2010.

De Beauvoir, Simone: *El segundo sexo*, 1ª edición, ediciones Cátedra, Valencia, 2005.

De la Cuesta Aguado, Paz M.: “El delito de matrimonio forzado” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 365 a 378.

De la Rosa Cortina, José Miguel: *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Demetrio Crespo, Eduardo: “El derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein! Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 473 a 510.

Díaz López, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013.

Diddi, Alessandro: “Chiaroscuro nella nuova disciplina sulla violenza di genere”, en *Processo Penale e Giustizia*, número 2, año 2014, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014. http://www.processopenaleegiustizia.it/materiali/Contenuti/RIVISTE/Riviste%20pdf/2014/2_2014/2_2014.pdf (web consultada en fecha 1 de abril de 2018).

Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición, editorial Ariel, Barcelona, 1999.

Díez Ripollés, José Luis: “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español”, en *ADPCP*, tomo 30, número 3, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1977.

Díez Ripollés, José Luis: “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, número 103, México DF, enero-abril de 2002, págs. 63 a 97. <http://www.redalyc.org/pdf/427/42710303.pdf> (web consultada en fecha 16 de diciembre de 2017).

Díez Ripollés, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 553 a 662.

Díez Ripollés, José Luis: *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, 2ª edición, editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

Doval Pais, Antonio: “Las consecuencias jurídico-penales en la enajenación mental y el trastorno mental transitorio. Perspectiva histórica”, en *Cuadernos de política criminal*, editorial Dykinson, número 39, Madrid, 1989, págs. 627 a 702.

Doval Pais, Antonio: “Las consecuencias jurídico-penales en la enajenación mental y el trastorno mental transitorio. Regulación actual”, en *Cuadernos de política criminal*, editorial Dykinson, número 40, Madrid, 1990, págs. 5 a 70.

Doval Pais, Antonio: “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, en *Revista Penal*, editada por la Universidad de Huelva, número 6, Huelva, 2000, págs. 31 a 52.

Doval Pais, Antonio: “Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plantea la moderna intervención penal”, en AAVV, Silva Sánchez,

Jesús María, Queralt Jiménez, Joan Josep, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Castiñeira Palou, María Teresa (coords.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, editorial BdeF Edisofer, Montevideo (Uruguay), 2017, págs. 67 a 80.

Expósito García, Mercedes: “El devenir del sistema sexo-género. La necesidad de hablar de las mismas cosas”, en *Cuadernos Kóre*, editada por la Universidad Carlos III, Madrid, volumen 1, número 2, 2010, págs. 73 a 113.

Feijoó Sánchez, Bernardo José: “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 799 a 844.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo: *Análisis de feminicidios de género en España en el periodo 2000-2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Fuentes Osorio, Juan Luis: “El odio como delito”, en *RECPC* número 19-27 (2017), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2017. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

Fuentes Soriano, Olga: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, editorial Iustel, Madrid, 2009.

Gallego Sánchez, Gemma: “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer”, en *Revista de Jurisprudencia*, editada por El Derecho, número 2, Madrid, 15 de septiembre de 2015. <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/>

Convenio-Estambul-incidencia-espanol-violencia_11_874180002.html (web consultada en fecha 18 de diciembre de 2017).

García Arán, Mercedes: *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*, editado por la Universitat de Barcelona, 1982.

García Arán, Mercedes: “El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de derecho judicial* editado por el CGPJ, Madrid, núm. 3, 1996.

García Arán, Mercedes: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997.

García Arán, Mercedes: “Culpabilidad, legitimidad y proceso”, en *ADPCP*, Tomo XLI, Fascículo I, 1998, págs. 71 a 114.

García Arán, Mercedes: “El discurs mediàtic sobre la delinqüència i la seva incidència en la reforma penal”, en *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 18, Barcelona, 2009, págs. 39 a 64.

García Arán, Mercedes: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista: a propósito de la stc 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja”, en AAVV, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, volumen 1, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 649 a 670.

Garita Vilchez, Ana Isabel: *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*, editado por el Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, Ciudad de Panamá.

http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

Gascón Cuenca, Andrés: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Genovés García, Aurora: *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, editorial Bosch, Sabadell (Barcelona), 2009.

Gómez de la Serna y Tully, Pedro y Montalbán Herranz, Juan: *Elementos del Derecho Penal de España arreglados al Nuevo Código*, editado por la Librería de Sánchez, Madrid, 1849.

Gómez Martín, Víctor: “Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 1.003 a 1.050.

Gómez Martín, Víctor: *El derecho penal de autor*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Gómez Martín, Víctor: “¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional” en AAVV, Mir Puig Santiago y Queralt Jiménez, Joan Josep (dir.): *Constitución y principios del Derecho Penal. Algunas bases constitucionales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 256 a 265.

Gómez Martín, Víctor: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, en *RECPC* número 14-01 (2012), editada por la Universidad de

Granada, Granada, 2012. <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

Gómez Martín, Víctor: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español, en AAVV, Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.): *Constitución y Sistema penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 175 a 222.

Gómez Martín, Víctor: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *RECPC* número 18-20 (2016), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

Gómez Navajas, Justa: “La violencia en el ámbito familiar: ¿Una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 11, 2004-1, editorial Aranzadi, Navarra.

Gómez Rivero, Carmen: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en *Revista Penal*, editada por la Universidad de Huelva, número 6, Huelva, 2000, págs. 67 a 83.

González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, dirigida por Tomás Salvador Vives Antón, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1987. <http://roderic.uv.es/handle/10550/38634> (web consultada el 16 de noviembre de 2017).

González Cussac, José Luis: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, editado por la Universidad

de Valencia, Valencia, 1989.

González Cussac, José Luis: “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en AAVV, Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, 1ª edición, editado por el Servei de Comunicació i Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007.

González Cussac, José Luis: “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, número 19, editada por la Universidad de Huelva, Huelva, enero de 2007. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/304/295> (enlace web consultado el 3 de enero de 2018).

González Cussac, José Luis y Orts Berenguer, Enrique: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Gorjón Barranco, María Concepción: *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2013.

Górriz Royo, Elena: “Sentido y alcance del ‘Ne bis in idem’, respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)”, en *REPC*, tomo XXIIIV 2002-2003, Madrid, 2004.

Gracia Martín, Luis: *El horizonte del finalismo y el ‘derecho penal del enemigo’*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Gracia Martín, Luis: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’”, en *RECPC*, número 07-02 (2005), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2005. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. (web consultada el 23 de diciembre de 2017).

Husak, Douglas: *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

Jakobs, Günther: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, traducido en *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, págs. 293 a 324.

Jakobs, Günther: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 77 a 92.

Julio Lascano, Carlos: “La ‘demonización’ del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial BdeF Edisofer, Buenos Aires, 2006, págs. 203 a 232.

Landa Gorostiza, Jon Mirena: “Racismo, xenofobia y Estado democrático”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, número 18, editado por la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, págs. 59 a 72.

Larrauri Pijoan, Elena y Antón García, Lorena: “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista española de investigación criminológica*, número 7, Madrid, 2009.

Laurenzo Copello, Patricia: “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *REPC*, volumen XVI, núm. 19, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996, págs. 219 a 288. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4131/pg_221-290_penales19.pdf?sequence=1&isAllowed=y (web consultada el 23 de diciembre de 2017).

Laurenzo Copello, Patricia: “Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 1, editado por el CGPJ, Madrid, 1996, págs. 217 a 282.

Laurenzo Copello, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, número 34, Madrid, 1999. págs. 16 a 23.

Laurenzo Copello, Patricia: “Los nuevos delitos de violencia doméstica. Otra reforma precipitada”, en *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 14, editado por la Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, págs. 4 a 14.

Laurenzo Copello, Patricia: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, en *RECPC*, número 07-08 (2005), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2005. <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. (web consultada el 23 de diciembre de 2017).

Laurenzo Copello, Patricia: “Violencia de género y derecho penal de excepción. Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 9, 2007, editado por el CGPJ, Madrid, págs. 31 a 74.

Laurenzo Copello, Patricia: “Violencia de género y derecho penal de excepción. Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en AAVV, García Valdés, Carlos, Mariscal de Gante, Margarita Valle, Cuerda Riezu, Antonio Rafael, Martínez Escamilla, Margarita y Alcácer Guirao, Rafael (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, volumen 2, editorial Edisofer, Madrid, 2008, págs. 2.093 a 2.123.

Laurenzo Copello, Patricia: “¿Hace falta un delito de feminicidio?”, en *Revista de derecho penal*, núm. 20, editado por la Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2012, págs. 243 a 256.

Laurenzo Copello, Patricia: “Apuntes sobre el Feminicidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, editada por la UNED, número 8, Madrid, 2012, págs. 119 a 143.

Laurenzo Copello, Patricia: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *REPC*, volumen XXXV, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015.

Lloria García, Paz: “Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual”, en AAVV, Serra Cristóbal, Rosario (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 307 a 324.

Lloria García, Paz y Serra Cristóbal, Rosario: *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

Lloria García, Paz: “La expansión del derecho penal en su aplicación judicial: la violencia de género como ejemplo paradigmático”, en AAVV, García Rivas, Nicolás y Riquert, Marcelo Alfredo (dir.): *Garantías pe-*

nales en Argentina, España y sus sistemas de inserción nacional, editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2011.

Lloria García, Paz: “La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer”, en AAVV, Martínez García, Elena (dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 177 a 202.

Lloria García, Paz: “Delitos y redes sociales. Los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al ‘sexting’)”, en *La ley penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 105, Madrid, 2013.

Lloria García, Paz: “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul”, AAVV, Pardo Iranzo, Virginia (dir.): *La encrucijada de Europa. Luces y sombras para un futuro común*, edita la Universidad de Valencia, Colección Universitat i Territori, Valencia, 2015, págs. 89 a 94.

Lloria García, Paz: “Trata de seres humanos”, en AAVV, Boix Reig, Francisco Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, volumen I, 2ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 329 a 352.

López Barja de Quiroga, Jacobo: *El principio: non bis in idem*, 1ª edición, editorial Dykinson, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 2004.

Lousada Arochena, José Fernando: “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, editada por la Universidad de Granada, Granada, 2014.

Luzón Peña, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1ª edición (5ª reimpresión), editorial Universitas, Madrid, 2007.

Luzón Peña, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Magariños Yáñez, José Alberto: *El derecho contra la violencia de género*, editorial Montecorvo, Madrid, 2007.

Magro Servet, Vicente: *Violencia doméstica y de género. 285 preguntas y respuestas*, editorial Sepin, Madrid, 2007.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli: “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, en AAVV: *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, págs. 11 a 62.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli: “Circunstancias modificativas. Arts. 21 y 22”, en AAVV, Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 47 a 54.

Maqueda Abreu, María Luisa: “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, en *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, Madrid, número 38, 2000. págs. 25 a 29.

Maqueda Abreu, María Luisa: *El tráfico sexual de personas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Maqueda Abreu, María Luisa: “De nuevo acerca del error sobre las circunstancias”, en AAVV, Díez Ripollés, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 840 a 879.

Maqueda Abreu, María Luisa: “El tráfico sexual de las mujeres”, en *Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 12, editado por la Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, págs. 4 a 11.

Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* número 08-02 (2006), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2006. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> (enlace web consultado el 1 de noviembre de 2017).

Maqueda Abreu, María Luisa: “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Reforma Penal de 2004”, en AAVV, Cervilla Garzón, María Dolores y Fuentes Rodríguez, Francisca (coords.), *Mujer, Violencia y Derecho*, editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, págs. 123 a 138.

Maqueda Abreu, María Luisa: “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en AAVV: *Género, violencia y derecho*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 363 a 408.

Maqueda Abreu, María Luisa: *Prostitución, feminismos y derecho penal*, editorial Comares, Granada, 2009.

Maqueda Abreu, María Luisa: “El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP”, en AAVV, Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Maqueda Abreu, María Luisa: “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes sexo/género del art. 22.4 CP?”, en AAVV, Silva Sánchez, Jesús María, Queralt Jiménez, Joan Josep, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y

Castiñeira Palou, María Teresa (coords.), editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

Marí Farinós, Enrique: *La relación de dominación como fundamento del delito de violencia de género del artículo 153.1 CP*, dirigida por Ángela Matallín Evangelio, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2015.

Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca: “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los concursos de delitos”, en AAVV, Zugaldía Espina, José Miguel (dir.): *Lecciones del Derecho Penal. Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 215 a 227.

Marquès i Banqué, María: “La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el ‘Common Law’”, en *REPC*, volumen XXXVII, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2017, págs. 123 a 178. <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3459/4179> (enlace web consultado en fecha 16 de marzo de 2018).

Martín Agraz, Pilar: *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*, editorial Bosch, Sabadell (Barcelona), 2011.

Martínez García, Elena: *La tutela judicial de la violencia de género*, 1ª ed., editorial Iustel, Madrid, 2008.

Martínez Sánchez, M^a Teresa: “Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting”, en *Tribuna Penal*, editorial El Derecho, Madrid, 2016. http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Reforma-Codigo-Penal-violencia-genero-delitos-stalkingsexting_11_1026805001.html (web consultada el 25 de febrero de 2018).

Matallín Evangelio, Ángela: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Matud Aznar, María Pilar: *Violencia de género*, editado por la Universidad Jaume I, Castellón, 2009.

Mir Puig, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, colección Maestros del Derecho Penal, 2ª edición, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

Mir Puig, Santiago: *Estado, pena y delito*, 1ª edición, colección Maestros del Derecho Penal, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

Mir Puig, Santiago: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en AAVV, Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan Josep (dir.): *Constitución y principios del Derecho penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 67 a 104.

Miranda-Novoa, Martha: “Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género”, en *Dikaion Revista de actualidad jurídica*, editada por la Universidad de La Sabana, Colombia, volumen 21, número 2, 2012.

Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2006.

Mirat Hernández, Pilar y Armendáriz León, Carmen: *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico penales*, editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 1ª edición, Madrid, 2007.

Monereo Pérez, José Luis y Triguero Martínez, Luis Ángel: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Monroy García, María del Mar y García Morales, Paulina: *Compendio de recomendaciones sobre el feminicidio en Ciudad Juárez, Chihuahua*, editado por la Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, México DF, 2007. http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-compendio-de-recomendaciones_sobre-el-feminicidioen-ciudad-juarez-chihuahua.pdf (enlace web consultado en fecha 1 de abril de 2018).

Montalbán Huertas, Inmaculada: “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”, en *Circunstancia*, núm. 12, editada por la Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2007

Morales Prats, Fermín: *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva ‘Edad Media’*, editado por la Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015.

Morillas Fernández, David Lorenzo: *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, editado por la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

Moreno Benítez, Damián: “De ‘violencia doméstica’ a ‘terrorismo machista’: el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa”, en *Discurso y Sociedad*, Volumen 4, editada por Centre of Discourse Studies, 2010, pág. 906. <http://www.dissoc.org/ediciones/v04n04/DS4%284%29Moreno.pdf> (web consultada el 22 de enero de 2018).

Munévar, Dora Inés: “Delito de femicidio. Muerte violencia de mujeres por razones de género”, en *Revista de estudios socio-jurídicos*, volumen 14, número 1, editado por la Universidad del Rosario, 2012, Rosario (Colombia), págs. 135 a 175.

Muñoz Company, María Jesús: “Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación vigente”, en *Diario La Ley*, número 8606, Sección Doctrina, 16 de septiembre de 2015, editado por Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

Muñoz Conde, Francisco: “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Revista Nuevo Foro Penal de la Universidad EAFIT*, Colombia, número 66, 2003, págs. 15 a 41.

Muñoz Conde, Francisco: “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la ‘tolerancia cero’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Iustel*, Madrid, número 3, 2005. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403856&d=1 (web consultada el 1 de noviembre de 2017).

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Nares Hernández, José Julio, Martínez García, Dulce Gloria y Colín García, Ricardo: “Violencia de género en la familia. Perspectiva jurídico penal”, en *Revista Ciencia ergo-sum*, volumen 22, número 2, editada por la Universidad Autónoma del Estado de México, Méjico DF, 2015, págs. 116 a 124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5116571> (enlace web consultado en fecha 17 de enero de 2018).

Nieto García, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Noya Ferreriro, María Lourdes: “La protección de la mujer víctima de violencia de género en Galicia: Regulación procesal”, en *REPC*, volumen XXVIII, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, 2008.

Núñez Fernández, José y Requejo Naveros, M^a Teresa: “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en AAVV, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, editorial Colex, Madrid, 2006, págs. 75 a 118.

Obregón García, Antonio y Gómez Lanz, Javier: *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 2^a edición, editorial Tecnos, Madrid, 2015.

Olmedo Cardenete, Miguel: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, editorial Atelier, Barcelona, 2001.

Orejón Sánchez de las Heras, Néstor: *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir in idem*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Osborne Verdugo, Raquel y Molina Petit, Cristina: “Evolución del concepto de género”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, editada por la UNED, Madrid, núm. 15, 2008, págs. 147 a 182.

Osborne Verdugo, Raquel: *Apuntes sobre violencia de género*, 1^a edición, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2009.

Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo: “Novedades introducidas en el artículo 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003”, en AAVV, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José María Lidón, edita la Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 157 a 162.

Pastor Muñoz, Nuria: “El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización

del ‘peligro de peligro’”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 523 a 548..

Pérez Alonso, Esteban: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes ‘indeterminadas’ en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, editorial Edersa, Madrid, 1995.

Pérez Alonso, Esteban: *El error sobre las circunstancias del delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Pérez del Valle, Carlos: “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo”, en *RECPC* número 10-03 (2008), editada por la Universidad de Granada, Granada, 2008. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf> (enlace web consultado en fecha 10 de enero de 2018).

Pérez Manzano, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en ‘bis in idem’*, 1ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Colección los delitos, núm. 44, Valencia, 2002.

Pérez Manzano, Mercedes: “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, en la *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 34, 2016-II, Madrid, 2016, páginas 17 a 68.

Piña Rochefort, Juan Ignacio: “La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 571 a 590.

Polaino Navarrete, Manuel: “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en *CPC*, núm. 93, editorial Dykinson, Madrid, 2007.

Polaino Navarrete, Miguel: “La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: Luces y sombras” en A.A.V.V., Burgos Ladrón de Guevara, Juan (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, editorial Comares–Universidad de Sevilla, 1ª edición, Granada, 2007, págs. 21 a 63.

Polaino-Orts, Miguel: “La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo”, en *Revista InDret para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2008 Barcelona, julio de 2008.

Polaino-Orts, Miguel: *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2009.

Polaino-Orts, Miguel: *El nuevo Derecho penal del enemigo*, editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

Polaino Navarrete, Manuel y Polaino Orts, Miguel: “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, en AAVV, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, editorial Bdef Edisofer, Buenos Aires (Argentina), 2006, págs. 591 a 656.

Portilla Contreras, Guillermo: “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, Madrid, número 49, 2004. págs. 43 a 50.

Puente Segura, Leopoldo: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, editorial Colex, Madrid, 1997.

Quintero Olivares, Gonzalo: *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, 1ª edición, editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2004.

Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, 5ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Quintero Olivares, Gonzalo y Torres Rosell, Nuria: “La Constitución, la dignidad humana y la culpabilidad” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Derecho penal constitucional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 336 a 379.

Quintero Olivares, Gonzalo: *Pequeña historia penal de España*, 1ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2017.

Rodríguez Ramos, Luis: *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

Roig Torres, Margarita: “Algunas reflexiones sobre la llamada ‘expansión’ del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 11, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 227 a 258.

Roig Torres, Margarita: “Una delimitación de la ‘violencia de género’. Un concepto espinoso”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 32, editado por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012, págs. 247 a 312.

Roig Torres, Margarita: “El ‘discurso del odio’ en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el pro-

yecto de reforma del código penal”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 15, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 172 a 217.

Roldán Barbero, Horacio: *Manual de Derecho Penal. Parte general. Adaptado al título de Grado de Derecho y de Derecho + ADE*, editorial Comares, Granada, 2012.

Rubiales Béjar, Esther Evelia: *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español*, dirigida por Lorenzo Morillas Cueva, Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 2005. <http://hera.ugr.es/tesisugr/15521230.pdf> (web consultada el 17 de marzo de 2018).

Sáinz Cantero, José A.: “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822” en *ADPCP*, tomo 20, número 2, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1967, págs. 509 a 538.

Salem, Sara: “Feminismo islámico, interseccionalidad y decolonialidad”, en *Tabula Rasa*, núm. 21 julio-diciembre 2014, editada por la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca en Bogotá, Colombia, 2014, págs. 111 a 122. Enlace al artículo en el link: <http://www.redalyc.org/pdf/396/39633821006.pdf> (web consultada en fecha 18 de marzo de 2018).

Salinero Alonso, Carmen: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, editorial Comares, Granada, 2000.

Samad, Yunas: “Forced marriage among men: An unrecognized problem”, en *Critical Social Policy*, editada por Sage Publicaciones, Londres, 2010, págs.

189 a 207. <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0261018309358289> (web consultada en fecha 17 de marzo de 2018).

Serrano Masip, Mercedes: “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, en De Hoyos Sancho, Monserrat (dir.), *Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 719 a 770.

Schilling Fuenzalida, Mario: *El nuevo Derecho penal del enemigo*, editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, editorial Civitas, Madrid, 2001.

Torres Rosell, Nuria: “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, en *REPC*, volumen XXXV, núm. 19, editada por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2015, págs. 831 a 917. <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2703/3269> (web consultada en fecha 17 de marzo de 2018).

Valls Prieto, Javier: “Delitos contra la Constitución” en AAVV, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 861 a 874.

Ventura Franch, Asunción: “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, en *Revista de Derecho Político*, número 97 (septiembre-diciembre 2016), editada por la UNED, Madrid, 2016.

Villacampa Estiarte, Carolina: “El delito de trata de seres humanos” en AAVV, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 399 a 419.

Vives Antón, Tomas: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en *REPC*, núm. XXV, edita la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005.

Vives Antón, Tomás Salvador: *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Zapater Ferrer, Juan José: *La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, edita el Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, Colección de Estudios, Serie Minor, Valencia, 1980.

Zárate Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio: *Derecho Penal. Parte general*, editorial La Ley, Madrid, 2015.

NOTA

La comprobación del buen funcionamiento de las direcciones URL o enlaces web que se recogen en el presente apartado así como en el resto de esta tesis doctoral se ha realizado por última vez en la fecha en la que se indica expresamente en cada caso. Puede ocurrir que al realizar la consulta, por el transcurso del tiempo, alguna o algunas de las direcciones URL tengan el enlace roto por inestabilidad del vínculo y se dirijan incorrectamente.