

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



¿Es el feminicidio un delito de odio?

Mercedes Alonso Álamo

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha técnica

Autor: Mercedes Alonso Álamo

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Valladolid

Title: Is the femicide a gender crime?

Sumario: I. Introducción. II. Delitos de odio. III. Delitos de género. IV. El encuentro y el obstáculo para el encuentro. V. El feminicidio. VI. Crítica de la regulación legal. VII. Conclusiones.

Summary: I. Introduction. II. Hate crimes. III. Gender crimes. IV. Meeting and the obstacle for the meeting. V. Femicide. VI. Criticism of the legal regulation. VII. Conclusions.

Resumen: Los delitos de odio y los de género, independientes en su formación histórica, con el tiempo se han ido aproximando y confundiendo. En el presente trabajo se abordan sus relaciones y límites tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*. Sostendremos que el feminicidio es esencialmente un delito de género. Para el desarrollo y defensa de esta posición, partimos conceptualizando los delitos de odio y los de género, delimitamos después el feminicidio y, por último, examinamos críticamente la regulación del código penal español de la circunstancia de “razones de género”.

Palabras clave: Delitos de odio. Delitos de género. Feminicidio. Regulación legal.

Abstract: Hate crimes and gender crimes have come close, and even confused, in the last decades, despite their different historical background. In this paper, we study the relations and limits between these two categories of crimes, *de lege lata* and *de lege ferenda* perspectives. We defend that femicide is essentially a gender crime. In order to develop that argument, we start defining hate crimes and gender crimes; latter on, a delimitation of femicide is provided; and, finally, we critically analyse Spanish regulation of the “reasons related to gender” circumstance, foreseen in the Criminal Code.

Keywords: Hate crimes. Gender crimes. Femicide. Legal regulation.

Rec.: 11/03/2022 **Fav.:** 15/04/2022

1. INTRODUCCIÓN

A la pregunta que da título al presente estudio, ¿es el feminicidio un delito de odio?¹, puede darse una res-

puesta intuitiva, rápida: el feminicidio no es un delito de odio sino de género. Sin embargo, los delitos de odio y los de género, independientes en su formación y desarrollo histórico, con el tiempo se han ido aproximan-

1 El título me fue propuesto por P. Laurenzo Copello para la ponencia en el Congreso Internacional “Odio y Discriminación en tiempos convulsos” que tuvo lugar en Málaga los días 1 y 2 de julio de 2021.

do y confundiendo. Gordon Benito constata dicha aproximación y lo expresa así: la irrupción legislativa de las razones de género entre los motivos discriminatorios ha provocado una “confluencia de supra-categorías delictivas (delitos de odio y violencias de género), que hasta hace poco discurrían por caminos separados”².

La cuestión merece ser abordada críticamente, diferenciando entre lo que pueda ser sostenido *de lege lata* y lo político-criminalmente aconsejable *de lege ferenda*. Tal como lo entendemos, el feminicidio es esencialmente un delito de género. Su reconducción al ámbito de los delitos de odio es una opción político-legislativa cuestionable. Para argumentar en favor de nuestra postura, vamos a conceptualizar los delitos de odio y los de género y a examinar críticamente la regulación española de las razones de género. Nos fijaremos primero en las características de los delitos de odio, después en las características de los delitos de género y, por último, en el entrecruzamiento de ambos fenómenos criminales, el de los delitos de género y el de los delitos de odio. Las referencias a la situación legislativa española y a los criterios que dominan en la praxis jurisprudencial nos permitirá tomar posición y mostrar, a la vez, la necesidad de una reforma legislativa en esta materia. Nadamos a contracorriente, lo sabemos. En el ámbito europeo e internacional, la tendencia a la subjetivación de los delitos de odio favorece la confusión de estos delitos con los de género.

II. DELITOS DE ODIO

La expresión delitos de odio tiene su origen en el ámbito norteamericano desde donde se ha extendido por Europa y alcanzado amplio reconocimiento³. Es muy conocida la definición de la OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa): “toda infrac-

ción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, donde la víctima, el lugar o el objeto se elijan por su *real o percibida* conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo cuyos miembros tengan una característica, *real o supuesta*, como la raza, el origen nacional o étnico, el idioma, el color de la piel, la religión, el sexo, la edad, una discapacidad, la orientación sexual u otros factores similares” (la cursiva es nuestra). Dos son los aspectos de la definición que importa ahora destacar:

1. En primer lugar, la delimitación de los posibles sujetos pasivos de un delito de odio por su pertenencia a un grupo o colectivo con unas características determinadas que lo hacen susceptible de ser discriminado.

Sujeto pasivo de un delito de odio no puede ser un sujeto cualquiera al que se odie, sino un sujeto perteneciente a un grupo o colectivo minoritario (o mayoritario pero no dominante ni social, ni económica, ni políticamente⁴), excluido, desfavorecido, no aceptado en su diversidad. Los delitos de odio son expresión de intolerancia hacia el diferente, de discriminación y no reconocimiento del otro, de rechazo de su dignidad y derecho a existir de acuerdo con su propia identidad. La definición de la OSCE se refiere al origen nacional o étnico, color de la piel, raza, orientación sexual, sexo, etc. de la víctima. No se hace referencia en ella al género, aunque sí al sexo; pero es una enumeración no cerrada, meramente ejemplificativa, que termina con una cláusula abierta “u otros factores similares” entre los que la propia OSCE admite las razones de género⁵ (también la legislación española ha ido incorporando de manera progresiva las razones de género al regular específicos delitos de odio y la circunstancia agravante general de discriminación)⁶.

La fórmula del artículo 22. 4ª ha ido creciendo sin cesar. Tras los cambios introducidos por la L. O. 8/2021,

2 GORDON BENITO, I., “La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22. 4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 24, 2020, p. 96.

3 Sobre los precedentes del concepto en Europa y EEUU y sobre la pujanza del mismo en EEUU a partir de los movimientos sociales y la lucha por la igualdad y la no discriminación en los años sesenta del pasado siglo, DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, Civitas/ Thomson, Pamplona, 2013, pp. 106 y ss.

4 Sobre ello, GORDON BENITO, I., “La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22. 4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”, cit., p. 104 y nota 36.

5 Información al respecto en GORDON BENITO, I., “La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22. 4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”, cit., p. 92, donde señala que la OSCE “estima imprescindible que el género reciba una atención «sistemática» en la persecución de los delitos de odio”.

6 Sobre los posibles sujetos pasivos de un delito de odio a la luz de la regulación española hay que estar a lo previsto, además de en la agravante general, en la regulación del artículo 510 del código penal —que contempla desde el discurso incitador al odio, hostilidad, discriminación o violencia, hasta las acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito hacia dichos grupos o colectivos o hacia cualquier persona por razón de su pertenencia—, la de los artículos 511 y 512, de los delitos discriminatorios de denegación a una persona de las prestaciones a que tenga derecho, la del artículo 515. 4º del delito de asociación ilícita —que incrimina la conducta de quien fomenta, promueve o incita al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones—, o la del artículo 314 de la discriminación laboral —grave discriminación en el empleo, público o privado—, si bien es necesario precisar que la razón de ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, o el parentesco con otros trabajadores, son razones discriminatorias difícilmente encuadrables en la categoría de los delitos de odio. Por otra parte, también es problemático que los delitos de genocidio (artículo 607 del código

de 4 de junio, agrava la responsabilidad criminal “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”. Lo mismo ha sucedido en la regulación de los específicos delitos de odio. Al incremento legislativo de los motivos y razones se une, por otra parte, una doctrina jurisprudencial expansiva que extiende los delitos de odio a víctimas no desfavorecidas ni en situación de desventaja, atendiendo a la motivación del autor (su motivación ideológica, por ejemplo). Así se afirma la presencia de un delito de odio en acciones o expresiones contra efectivos de la Guardia Civil, o contra miembros de la familia real, o contra la iglesia católica. Sin embargo, como sostiene Lorenzo Copello, “los delitos de odio únicamente adquieren sentido y utilidad como categoría analítica e instrumento de política legislativa si se los vincula con grupos socialmente discriminados”⁷.

Debemos preguntarnos si las mujeres integran un grupo o colectivo de los que los delitos de odio preten-

den proteger. El género, al igual que el sexo, aparece entre los motivos y razones discriminatorias del código penal, ¿es ello suficiente para elevar los delitos de género a delitos de odio?

2. Antes de intentar responder a esta cuestión, debemos examinar los delitos de odio desde su vertiente subjetiva.

Como punto de partida, importa decir que no es misión del derecho penal reaccionar frente a emociones o sentimientos del autor como el odio, y que, para que haya delito de odio, debería bastar con que la acción recaiga sobre grupos, colectivos, o personas que pertenecen a dichos grupos o colectivos, que el autor no tolera y a los que niega su derecho a la existencia en la diversidad, sin necesidad de que al tiempo del hecho concorra en el autor la emoción o el sentimiento de odio. Ello con independencia del problema procesal de la impracticable prueba de los sentimientos (a través de la prueba de indicios se pueden inferir los motivos que llevan a un sujeto a la acción⁸, pero los motivos odiosos discriminatorios pueden estar impulsados por el odio y, también, por otras emociones, como el asco, pudiendo concurrir en el proceso motivacional emociones contrapuestas). La esencia del delito de odio es el prejuicio hacia la víctima, su carácter discriminatorio y prejuicioso. Por otra parte, la denominación “delitos

penal español) y los de lesa humanidad (artículo 607 bis) puedan ser caracterizados como propios delitos de odio o discriminatorios. Así lo cuestionan DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, cit., p. 318, nota 122, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., “Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación”, *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021), p. 17. Los delitos de odio específicamente previstos atentan contra intereses colectivos, aunque la acción puede recaer sobre un sujeto individual perteneciente al colectivo discriminado. En el artículo 510 del código penal, por ejemplo, el bien jurídico protegido se cifra, como dice Landa Gorostiza “en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables”, LANDA GOROSTIZA, J. M., “Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso Altsasu» (STS 458/2019)”, *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Lorenzo Copello, P./Daunis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, p. 361. Sobre la protección de la igualdad y el derecho a no ser discriminado, DE PABLO SERRRANO, A./TAPIA BALLESTEROS, P., “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, *Diario La Ley*, nº 8911, 30 de enero de 2017, pp. 3 y s. La circunstancia agravante general del artículo 22. 4ª. del código penal es de aplicación a los delitos orientados a proteger bienes jurídicos individuales, como homicidios y asesinato, lesiones, agresiones sexuales, coacciones, amenazas, ataques a la integridad moral, etc., realizados por la pertenencia de la víctima al grupo o colectivo discriminado entran a formar parte de la categoría de los delitos de odio.

7 LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio”, cit., p. 465. En el mismo sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio”, *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Lorenzo Copello, P./Daunis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, pp. 289 y ss. También Landa Gorostiza se refiere críticamente a la deriva “institucional” que están adquiriendo los delitos de odio cuando se refieren a grupos investidos de autoridad o que actúan en ejercicio de funciones públicas, LANDA GOROSTIZA, J.-L., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 100 y ss. Tampoco se cumplen las exigencias de los delitos de odio en el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo, ensalzando a sus autores y desacreditando, humillando o menospreciando a las víctimas o sus familiares (artículo 578. 1. del código penal), pese a la doctrina contraria del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera manifestación del discurso del odio el enaltecimiento y justificación del terrorismo. Crítica con dicha doctrina jurisprudencial, LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio”, *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Portilla Contreras, G./Velásquez Velásquez, F. (dirs.), Pomares Cintas, E./ Fuentes Osorio, J. L. (coords.), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 454 y ss. Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que amplía el contenido del discurso del odio, ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el artículo 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021, pp. 238 y ss.

8 Sobre la prueba indiciaria en la aplicación de la agravante de discriminación, MOLINA CABALLERO, Mª. J., “La agravante del artículo 22.4 del Código penal: dificultades probatorias”, *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Lorenzo Copello, P./Daunis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, pp. 435 y ss.

de odio” ha sido puesta en cuestión incluso en el debate estadounidense, considerándose preferible hablar de “delitos prejuiciosos” (*bias crime*)⁹ o de “delitos por discriminación”¹⁰. Pero la terminología “delitos de odio” y “discurso del odio” se viene imponiendo en el ámbito internacional y europeo¹¹.

De lege lata, la regulación penal española no va por el camino de la objetivación. Al contrario, muestra una clara tendencia a la subjetivación que, en alta medida, explica la tendencia expansiva de los delitos de odio en la práctica jurisprudencial. La subjetivación de la agravante de discriminación se manifiesta en dos aspectos. En primer lugar, porque se la hace gravitar en torno a los motivos del autor. En segundo lugar, por la incorporación a la fórmula del artículo 22. 4.º del código penal de la cláusula “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta” (L.O. 8/2021, de 4 de junio).

Desde el primer punto de vista, la regulación gravita en torno a los motivos y/o razones discriminatorias, no sobre la discriminación en sí. No el sentimiento de odio (si prescindimos de la reciente introducción de la aporofobia término que etimológicamente remite al odio), sino los motivos del autor vertebran desde un punto de vista subjetivo la agravante; pese a ello, se produce en ocasiones un deslizamiento desde los motivos hacia los sentimientos del autor. Así dice, con apoyo en la jurisprudencia, la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado *sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*, que la agravante del artículo 22. 4.º, de naturaleza subjetiva, pertenece a la

“esfera íntima del autor”, con un “elemento motivacional que solo podrá deducirse por indicios”, que “la motivación discriminatoria es lo que define la esencia del delito de odio”, que “la motivación discriminatoria es un elemento absolutamente esencial”, que “la conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra determinado grupo o alguno de sus integrantes”, que “se trata de un elemento subjetivo tendencial”.

Desde el segundo punto de vista, la cláusula introducida en el 2021 en el artículo 22. 4.º contribuye asimismo a la subjetivación de la agravante. Al igual que en la definición de los delitos de odio de la OSCE, no se exige ahora la pertenencia real del sujeto pasivo a un colectivo en situación de desventaja, basta con que el autor crea que concurre en el sujeto pasivo tal condición o circunstancia¹². Se abre paso así la aplicación de la agravante en situaciones de error sobre la víctima en las que la regla del artículo 14. 2. (“el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”) permitía la no apreciación. En consecuencia, la mera motivación discriminatoria se erige ahora en núcleo de la regulación: el solo motivos.

De lege ferenda, en la regulación de los delitos de odio debería evitarse toda referencia al sentimiento o a la emoción de odio del autor al tiempo del hecho. No es el odio del que incita al odio lo que hace de la incitación al odio un delito de odio. Se podría ir más lejos y rechazar también que la regulación gire en torno a los motivos del autor. El motivo del autor¹³ puede ser la *ratio legis*, pero la regulación legal debería objetivarse. Para incriminar la conducta de quien incita a la violen-

9 Sobre ello, DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4.º CP*, cit., pp. 242, nota 3 y 92 y ss. Sobre los crímenes prejuiciosos en el derecho penal estadounidense, también, ROSTALSKI, F., “Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los ‘delitos de odio’”, *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza, J. M./ Garro Carrera, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 82.

10 OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., “Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación”, cit., pp. 4 y ss. y 39. Vid. también LAURENZO COPELLO, P., “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Laurenzo Copello, P./Daunis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, pp. 257 y ss.

11 Baste mencionar, en la Unión europea, la Decisión Marco 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, de cuya transposición al derecho penal español se ocupó la reforma del código penal de 2015 (L.O. 1, de 30 de marzo). Según el artículo 1 de la mencionada Decisión Marco, cada Estado miembro “adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas intencionales sean punibles”: incitar públicamente a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico; apología pública, negar o banalizar flagrantemente crímenes de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra dicho grupo o miembro del mismo.

12 Asimismo, la Comisión Europea ha presentado una iniciativa (diciembre 2021) para ampliar los delitos de la Unión Europea a la incitación al odio y los delitos motivados por el odio entendiéndose que en los mismos tiene cabida el odio dirigido a personas o grupos de personas, que comparten “o que se cree que comparten” características como la raza, el origen étnico, la lengua, la religión, la nacionalidad, la edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales o cualquier otra característica fundamental, o una combinación de dichas características.

13 El artículo 4 de la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, establece que los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere una circunstancia agravante, o que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.

cia, al odio o a la discriminación no debería ser preciso examinar su proceso motivacional ni sus sentimientos. Debería bastar con una acción dolosa objetivamente discriminatoria, con independencia de que esta pueda ser o no síntoma de una particular manera de ser o de unos sentimientos que desencadenen el proceso motivacional.

La esencia de los llamados delitos de odio viene dada (a) porque contribuyen de manera significativa a la discriminación de personas o grupos en situación de desventaja (con la consiguiente lesión del interés supraindividual a su existencia en la diversidad, a la igualdad y a la dignidad), o (b) porque adhieren a la lesión del bien jurídico inmediatamente protegido por un particular delito (homicidio, lesiones, etc.) la lesión adicional de otros intereses, singularmente del interés a la igualdad real de las personas a las que se agrede, lesiona, mata, etc. por su pertenencia al grupo o colectivo discriminado, dando lugar, en tal caso, a un delito pluriofensivo.

III. DELITOS DE GÉNERO

Examinemos ahora la problemática de los delitos de género.

1. Desde que en 1989 se iniciara tímidamente en España el derecho penal de género, este ha ido creciendo sin cesar. En el año 2015 se introduce en el código penal la agravante general de “razones de género” entre los motivos discriminatorios del artículo 22. 4ª en el que ya se hallaba la agravante de sexo (además, desde la reforma de 2021, la orientación o identidad sexual o de género).

2. Contemplar en el código penal una agravante general *de género* es un recurso técnicamente apropiado para hacer frente al particular contenido de desvalor de las acciones que recaen sobre una mujer por ser mujer en un contexto de objetiva dominación y sometimiento. Posibilita llenar las lagunas que la regulación española de género había originado de manera llamativa cuando introdujo tipos de lesiones, amenazas, coacciones, atentados a la integridad moral de género, y no un homicidio o asesinato de género. Por lo que aquí importa, posibilita conformar el delito de feminicidio como de-

lito de género, conectando la mencionada circunstancia agravante al homicidio o al asesinato. El problema es cómo se ha configurado legislativamente la agravante de género, su regulación entre los motivos discriminatorios y el desmesurado peso que tiene lo subjetivo o interno en la misma.

3. El derecho penal de género ha sido criticado desde diferentes perspectivas. Se ha cuestionado su necesidad en sociedades desarrolladas como la nuestra. Se le ha visto como un recurso simbólico al derecho penal que produce el efecto indeseable de dar coartada al poder para dejar de adoptar políticas públicas más costosas que la mera reforma de un código penal. Desde determinadas posiciones, se considera preferible aunar esfuerzos en la lucha por la emancipación general, no sectorial, del ser humano¹⁴. Sin embargo, con ser atendibles estas críticas, no parece que el recurso legislativo a una mera circunstancia agravante general pueda proporcionar coartada alguna al poder para no adoptar las necesarias políticas públicas, ni constituir un obstáculo en el camino hacia la igualdad.

4. El derecho penal de género se mueve en el ámbito de la protección penal de la igualdad —bien jurídico que se adhiere al directamente menoscabado por la acción—. No es genuina manifestación de derecho antidiscriminatorio si entendemos este en sentido estricto referido a la adopción de medidas positivas que favorezcan la igualdad. Pero sí va referido a proteger positivamente la igualdad real y en este sentido amplio es derecho antidiscriminatorio¹⁵: la igualdad deviene en bien jurídico, interés, valor, que añade un plus de injusto al adherirse a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que vengan en aplicación (homicidio, lesiones, coacciones, etc.).

5. Para que la agravante de razones de género venga en consideración no se requiere hoy la previa relación de pareja entre autor y víctima; basta que la acción recaiga sobre una mujer por ser mujer en un contexto de dominación y sometimiento. Esta posición es aceptada por el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020, ponente A. Mª Ferrer García). No se corresponde con lo establecido en el artículo 1.1. de la L.O. de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciem-

14 Vid. LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y Derecho*, Laurenzo, P./ Maqueda, Mª. L. / Rubio, A. (coordinadoras), Valencia (Tirant lo Blanch) 2008, pp. 350 y ss., LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 796 y ss. y 798 y ss., MAQUEDA ABREU, Mª. L., *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid (Dykinson) 2014, pp. 105 y ss., RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, G./ CABALÉ MIRANDA, E., “Criminalización específica o especial de la violencia de género (el feminicidio). ¿Solución o problema?”, *Revista de Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, vol. 6, nº 3, 2018, pp. 18 y ss. y 24 y ss.

15 Sobre derecho antidiscriminatorio y discriminación por género, REY MARTÍNEZ, F., *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 21 y ss. y 147 y ss.

bre de 2004¹⁶, pero sí con lo previsto en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 2011)¹⁷. Por tanto, cualquier mujer víctima de un delito por ser mujer puede ser sujeto pasivo de un delito de género.

6. La violencia de género no requiere el odio, ni el feminicidio requiere la misoginia¹⁸. El genuino derecho penal de género es independiente de sentimientos y emociones del autor. El odio a las mujeres no es elemento estructural de los delitos de género, como no lo es tampoco de los delitos de odio: decisivo es el trato discriminatorio expresado en violencias sobre la mujer “por ser mujer” y el rol que se asigna a las mujeres histórica y socio-culturalmente.

7. La creciente ampliación del círculo de eventuales sujetos pasivos de los delitos de odio contribuye a la atracción de los delitos de género a su campo. La legislación española tiende a esa aproximación y/o identificación al incorporar las razones de género entre los motivos y razones discriminatorias en ese *totum revolutum* en que se ha convertido el artículo 22. 4ª y la regulación de los delitos de odio del código penal. En la Unión Europea se asiste al mismo proceso de aproximación¹⁹.

8. Desde una perspectiva subjetiva, la regulación conjunta y fuertemente subjetivada favorece asimismo el encuentro de los delitos de odio y de los delitos de género. Pero hay un obstáculo para el encuentro.

IV. EL ENCUENTRO Y EL OBSTÁCULO PARA EL ENCUENTRO

El desembarco legislativo de las razones de género entre los motivos discriminatorios parece traer consigo la aproximación de los delitos de género y los de odio. Pero hay un obstáculo poderoso para que podamos

aceptar la absorción de los delitos de género por los de odio. Este obstáculo se halla en la delimitación del sujeto pasivo: los delitos de odio recaen sobre un grupo, o un sujeto que pertenece a un grupo o colectivo que se halla en situación de desventaja. ¿Forma parte la mujer de un grupo o colectivo desfavorecido en el sentido de los delitos de odio? No parece cuestionable que las mujeres se hallan todavía en situación de desigualdad real respecto de los hombres, pero ¿tal desigualdad, que responde a razones histórico-culturales, permite hablar de las mujeres como un colectivo desfavorecido en el sentido de los delitos de odio? Desde este interrogante vamos a tratar de responder a la pregunta ¿es el feminicidio un delito de odio?

V. EL FEMINICIDIO

El feminicidio no está previsto en el código penal español en una específica figura de delito, pero se puede “configurar” cuando se mata a una mujer por razones de género acudiendo a la circunstancia agravante del artículo 22. 4ª en relación con el homicidio o el asesinato. Son varias las cuestiones que, en relación con el feminicidio, deben ser precisadas:

1. Feminicidio de pareja o ex pareja y/o feminicidio de mujer por ser mujer

¿Se debe diferenciar entre dos modalidades de feminicidio según que la víctima sea pareja o ex pareja del autor, o no lo sea?

Según Pérez Manzano, el feminicidio de la pareja o expareja por razones de género no es delito de odio porque los delitos de odio tienen “una dimensión colectiva” y requieren que la víctima sea “fungible”, seleccionada por su pertenencia al colectivo que se odia²⁰. En consecuencia, si hay fungibilidad o aleatoriedad de

16 “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”. El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género propone modificar dicha definición, a fin de extender el concepto de violencia a la que tiene lugar fuera del ámbito de la pareja o ex pareja de acuerdo con el Convenio de Estambul.

17 Según el Convenio de Estambul, se entiende por género “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, y por “violencia contra las mujeres por razones de género” “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. El citado Convenio no prevé ni exige el establecimiento de agravantes basadas en el género. Lo señala así, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “La circunstancia agravante de género”, *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Pérez Manzano, M./ Iglesias Río, M. A./ De Andrés Domínguez, A.C./ Martín Lorenzo, M./ Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 390 y s.

18 Sin embargo, sobre la vinculación del feminicidio a la misoginia y a los delitos de odio por parte de un sector del movimiento feminista, vid. LAURENZO COPELLO, P. “Apuntes sobre el feminicidio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2012, p. 120.

19 Vid. supra nota 12 sobre la iniciativa de la Comisión Europea para ampliar los delitos de la Unión Europea a la incitación al odio y los delitos motivados por el odio.

20 PÉREZ MANZANO, M., “Odio y discriminación en el feminicidio de la pareja o expareja”, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 2, Cancio Meliá, M./ Maraver Gómez, M./ Fakhouri Gómez, Y./ Guérez Tricarico, P./ Rodríguez Horcajo, D./ Basso, G. J. (editores), UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1178 y ss. Sobre las diferentes razones que han sido alegadas en contra de la ubicación de la muerte de las mujeres entre los delitos de odio, loc. cit. pp. 1177 y s.

la víctima a la que se mata por su pertenencia al colectivo de las mujeres estaremos ante “delitos de odio cometidos por motivos discriminatorios por razón de género”²¹. Si falta tal aleatoriedad y la víctima es pareja o ex pareja del autor no estaremos ante un delito de odio, sino de género. La propuesta es sugerente, pero la caracterización penal diferenciada del feminicidio como delito de odio o no, según exista o no una relación previa de pareja o expareja entre autor y víctima presupone distinguir entre “elección” de la víctima por ser mujer, que daría lugar a un delito de odio, y “preselección” de la víctima como pareja, que cerraría el paso al delito de odio y daría lugar, en su caso, a un delito de género. Presupone también, pensamos, diferenciar entre machismo y misoginia.

Ante tales diferenciaciones, son varias las cuestiones a considerar:

La concepción unitaria del feminicidio como delito de género en sentido amplio²², no restringido a los supuestos de existencia de una previa relación de pareja, presente o pasada, entre autor y víctima, está respaldada por el Convenio de Estambul y por lo previsto en el artículo 22. 4ª del código penal que no restringen la violencia de género a los supuestos de previa relación de pareja entre autor y víctima. Para que pueda hablarse de delito de género, basta que la muerte de la mujer se produzca en un contexto de dominación y sometimiento por el rol que histórica y socialmente se le asigna, es decir, que se mate a la mujer por ser mujer.

Por otra parte, las razones de género remiten a razones estructurales, histórico culturales, y al rol asignado a la mujer por ser mujer. Los delitos de género no requieren el odio, pero sí, por recurrir a un oxímoron, *misoginia objetivada*. En esto no se diferencian de los delitos de odio, en los que el odio debe ser considerado también mera *ratio legis*. La *misoginia objetivada* es inherente a los crímenes machistas tanto si se ve en ellos un delito de género, como si se les reconduce a los delitos de odio. Desde esta perspectiva no cabe hallar diferencias entre el feminicidio como delito de odio y el feminicidio como delito de género. Sobre machismo y misoginia volveremos en el punto 3.

Tampoco parece que la aleatoriedad y fungibilidad de la víctima pueda considerarse significativa a los efectos señalados. En las relaciones de pareja hay también una selección de la víctima, solo que previa, cuando la víctima fue “seleccionada” como pareja.

En consecuencia, parece que el feminicidio o es siempre un delito de odio, o no lo es en ningún caso, esto es, que la posibilidad de referir el feminicidio a los delitos de odio o se acepta con carácter general (no restringido a la muerte de mujeres que no son ni han sido pareja del autor), o no se acepta y se mantiene su independencia categorial.

2. Las mujeres ¿un colectivo?

Las mujeres no pertenecen a un colectivo minoritario. Hablar del colectivo de las mujeres —un colectivo con presencia transversal²³ y que representa aproximadamente la mitad de la humanidad— no se corresponde con la realidad. Mal puede hablarse de intolerancia hacia el colectivo de las mujeres. La desigualdad de trato hacia las mujeres, trasunto del rol que se les asigna históricamente, no hace de las mujeres un colectivo. La intolerancia característica de los delitos de odio es intolerancia objetivamente dirigida hacia grupos o colectivos excluidos o en situación de desventaja, o hacia sus miembros²⁴. Los delitos de odio guardan estrecha relación con la lucha por el reconocimiento. En cambio, las razones de género y los delitos de género tienen carácter estructural y no responden a un no-reconocimiento, sino a una ancestral concepción del papel de la mujer en el mundo. Quien “odia” a una mujer puede amarla y “tolerarla”. Respecto de las mujeres es el binomio amor-odio, y no el binomio odio-intolerancia, el que viene en consideración.

3. Machismo y misoginia

Respecto de las mujeres puede hablarse de trato discriminatorio, de dominación y sometimiento, de comportamiento machista, y, desde esta perspectiva, de *misoginia objetivada*. La distinción legislativa entre

21 PÉREZ MANZANO, M., “Odio y discriminación en el feminicidio de la pareja o expareja”, cit., p. 1180.

22 En las legislaciones latinoamericanas que han incriminado expresamente el feminicidio hay disparidad de criterios al respecto, unas circunscriben el delito a las relaciones de pareja, otras no. Amplia información al respecto en TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*/ *Feminicidio*, ed. Didot, Buenos Aires, 2014, pp. 203 y ss.

23 Se refiere a la presencia transversal de la mujer en cualquier grupo o colectivo, ASUA BATARRITA, A., “La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo”, *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Pérez Manzano, M./ Iglesias Río, M. A./ De Andrés Domínguez, A.C./ Martín Lorenzo, M./ Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2020, p. 372.

24 Crítica con la doctrina jurisprudencial que exige y se conforma con una actitud intolerante, con independencia de que esta recaiga sobre colectivos desfavorecidos, LAURENZO COPELLO, P., “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, cit., pp. 262 y ss. y 268 y ss.

sexo y género²⁵ ha conducido a algunos autores a diferenciar entre actuación misógina y actuación machista a las que se aplicaría, respectivamente, la agravante de sexo y la de género²⁶. Tal diferenciación, sin embargo, es problemática, como problemática es la delimitación entre la agravante de género y la de sexo²⁷. El código penal se refiere al género y al sexo tanto al regular los delitos de odio como en la agravante general. Pero ninguna base hay en la ley para reconducir a la agravante de sexo el comportamiento misógino y a la agravante de género la actuación machista: en ambas actuaciones está presente la *misoginia objetivada*²⁸.

La diferenciación entre un feminicidio de género y un feminicidio de odio sobre la base de una regulación que distingue entre sexo y género, no responde a la *ratio* o *telos* de la regulación y conduce al oscurecimiento de los conceptos. Sexismo y misoginia forman, dice Martha C. Nussbaum, “un cóctel tóxico” en el debate sobre el género. Siguiendo a Kate Manne, señala dicha autora que el sexismo es la creencia de que las mujeres son inferiores a los hombres y “por naturaleza” adecuadas a determinados roles (como los domésticos); la misoginia, por su parte, en su uso actual no coincide con la etimología —odio a las mujeres— “es un mecanismo de imposición de normas, un conjunto de comportamientos dirigidos a mantener a las mujeres a raya y en su sitio”, de donde se deriva que “la misoginia es

una imposición intencionada y decidida de unos privilegios de género”, y que esto puede responder al odio pero también a sentimientos paternalistas²⁹.

Todo parece apuntar a que el feminicidio es un fenómeno criminal unitario que se delimita y alcanza su significado propio cuando responde a razones de género. A efectos del feminicidio, no hay razón para diferenciar entre género y sexo³⁰. Desde luego que se puede discriminar por el sexo y que la discriminación por razón de sexo está proscrita por la Constitución (artículo 14), y que hay delitos, como el de discriminación laboral (artículo 314 del código penal) o el de denegación de las prestaciones a que se tenga derecho (artículos 511 y 512 del código penal), en los que puede tener sentido contemplar la agravante de sexo. Por otro lado, la condición de sexo femenino puede formar parte interna de un delito determinado como, por ejemplo, una agresión sexual por vía vaginal³¹ en cuyo caso el sexo es ya captado por el contenido de desvalor del injusto típico del delito que venga en aplicación: el sexo de la víctima no es en tales supuestos un *plus* que deba agravar el comportamiento. La agravación general por sexo femenino tendría sentido si se partiera de la vulnerabilidad de la víctima. Pero esto respondería a una imagen de la mujer, propia de tiempos pasados, como sujeto vulnerable y necesitado de especial protección (como sucedía con la agravante de desprecio de sexo del viejo código pe-

25 Crítica con la introducción legislativa del binomio género-sexo, MAQUEDA ABREU, M^a. L., “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J. M^a/ Queralt Jiménez, J. J./ Corcoy Bidasolo, M./ Castiñeira Palau, M^a. T. (coords.), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 707 y s.

26 Sobre esta distinción, DÍAZ LÓPEZ, J. A., “La reforma de la agravante genérica de discriminación”, <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>, 2015, pp. 11 y s., SEOANE MARÍN, M^a. J/ OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22. 4ª CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIX, 2019, pp. 474 y ss. Sobre ello, también, MAQUEDA ABREU, M^a. L., “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”, cit., pp. 707 y ss., y CISNEROS ÁVILA, F., “La agravante de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del derecho penal con perspectiva de género”, *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Lorenzo Copello, P./Dauis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, p. 410.

27 Especialmente problemático para quienes acepten que la agravante de género es aplicable también a delitos de odio con víctima varón. Así, sostienen Cancio Meliá/ Díaz López que si se mata a un bailarín “porque los hombres no bailan ballet” estaremos ante un delito de odio por razón de género, esto es, en atención al rol que se atribuye al género masculino, CANCIO MELIÁ, M./ DÍAZ LÓPEZ, J. A., ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 82. También, DÍAZ LÓPEZ, J. A., “La reforma de la agravante genérica de discriminación”, <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>, cit., p. 11.

28 Sexo y género son tenidos en cuenta a efectos del discurso del odio en el artículo 510 del código penal; es interesante ver los primeros pronunciamientos de la jurisprudencia acerca de la aplicación del artículo 510 a supuestos de odio contra las mujeres, sobre ello, críticamente, LANDA GOROSTIZA, J.-L., *Los delitos de odio*, cit., pp. 95 y ss.; sobre la aplicación jurisprudencial de la agravante de sexo antes de la introducción de las razones de género en el artículo 510 del código penal, GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *REPCP* 18-20 (2016), p. 23.

29 NUSSBAUM, M. C., *La monarquía del miedo. Una mirada filosófica a la crisis política actual*, traduc. por A. Santos, Paidós, Barcelona, 2019, pp. 192, 199 y s. y 204 y s.

30 Se refiere a la coincidencia de sexo femenino y razones de género, RUEDA MARTÍN, M^a A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04 (2019), pp. 25 y ss.

31 Sobre violencia por razón de sexo y por razón de género, ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género”, *Política Criminal y reformas penales*, Faraldo Cabana, P. (dir.), Puente Aba, L. M^a/ Ramos Vázquez, J. A. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 39 y s.

nal y que desapareció en 1983). En consecuencia, no parece justificado hoy que se diferencie con carácter general entre sexo y género³². La doble referencia general al sexo y al género en el artículo 22. 4º. es, por ello, problemática. Solo el sexo transido por la asignación cultural de determinados roles a la mujer, es decir, las razones de género, justifican un tratamiento penal más severo por el plus de injusto que supone el ataque adicional a la igualdad que se adhiere al ataque al bien jurídico inmediatamente protegido. Esto es lo que cabe sostener respecto del feminicidio. El feminicidio es, por consiguiente, una realidad unitaria que consiste en la muerte de una mujer por ser mujer y, así considerado, es un delito de género misógino-objetivado.

4. ¿Problema terminológico? ¿Recurso simbólico al derecho penal?

Los delitos de género se orientan a la protección de la mujer frente a conductas que la sitúan en una posición objetiva de discriminación y que responden a razones histórico-culturales. Los delitos de odio se orientan a la protección de grupos o colectivos discriminados o en situación de desventaja, aunque la acción pueda recaer en alguno de sus miembros. Los delitos de género son delitos contra bienes jurídicos individuales a los que se adhiere la protección de la igualdad con la consiguiente pluriofensividad. En los delitos de odio, el interés a no ser discriminado, a preservar la propia identidad y a la existencia en la diversidad, se mueve en el entorno de la lucha por el reconocimiento y de la protección penal de la igualdad. La proximidad de los delitos de género y de los delitos de odio no puede ser negada. Sin embargo, aunque las razones discriminatorias o prejuiciosas tiendan a ampliarse legislativamente³³, no parece que los delitos de género deban quedar absorbidos en el ámbito de los delitos de odio.

Puede parecer que mantener la categoría y el *nomen iuris* delitos de género es una cuestión puramente terminológica. Pero no, es una cuestión sustancial. Las mujeres sufren el peso de la historia, pero no integran un colectivo que no se tolere o acepte: discriminadas, sí; víctimas de misoginia objetivada, también; pero no

“odiadas” como colectivo o como parte de un colectivo.

Por otra parte, aun aceptando cierta aproximación entre ambas categorías (delitos de género y delitos de odio) parece que deberían conservar su autonomía aunque solo fuera por razones simbólicas³⁴. Quizás fuera político-criminalmente deseable, como sostiene el feminismo más crítico, que la lucha por la igualdad formara parte de la lucha integral emancipatoria del ser humano. Pero en tanto esto no sea así, parece conveniente mantener un transitorio derecho penal de género, siquiera sea acudiendo a la técnica de la circunstancia agravante general, que nunca puede ser coartada para que los poderes públicos dejen de adoptar políticas públicas que pongan fin a la desigualdad.

VI. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN LEGAL

La regulación vigente en España parece llevarnos por otro camino. La regulación del artículo 24. 4º y de los delitos de odio, al incorporar la referencia a las razones de género entre los motivos discriminatorios, ha generado un *totum revolutum* de odio y género necesitado de clarificación.

En relación con la circunstancia del artículo 22. 4º, dos son los aspectos a destacar: Por un lado, desde una perspectiva objetiva, la amplitud de los sujetos pasivos a los que va referida, ya por pertenencia (raza, etnia, nación, ideología, religión, creencias), ya por su condición personal (sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad, discapacidad, razones de género). Por otro, desde una perspectiva subjetiva, la referencia a los motivos, no al odio, por lo que no es preciso acreditar (si es que esto fuera posible por vía indiciaria) que concurre tal sentimiento en el autor al tiempo del hecho³⁵. En lo que sigue, vamos a fijar la atención en este aspecto subjetivo de la agravante y a tratar de hallar una posible interpretación alternativa.

Es incontestable que la fórmula de la agravante, como antes veíamos, está fuertemente subjetivada. En la doctrina, hay quienes sostienen con base en la jurisprudencia que la agravante consiste en el “desprecio de género” (un sentimiento), o quienes ponen

32 Ya Laurenzo Copello llamaba la atención sobre las dificultades hermenéuticas que se abren con las referencias al sexo y al género en el artículo 22. 4º del código penal considerando que ambas giran en torno a la discriminación y a valoraciones socio-culturales, LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 823, nota 98.

33 Landa Gorostiza diferencia tres conjuntos de grupos, el primero integrado por los grupos “étnicos” en sentido amplio; el segundo por los relacionados con el sexo en sentido amplio entre los que incluye el género; y el tercero comprensivo de “otros colectivos sociales”, LANDA GOROSTIZA, J.-L., *Los delitos de odio*, cit., pp. 15 y s.

34 Ello requiere superar la crítica al derecho penal de género como manifestación de paternalismo estatal, engañoso derecho penal simbólico, o instrumento que contribuye a mantener las relaciones de poder y desigualdad.

35 Tampoco hay base en la ley, a nuestro juicio, para diferenciar entre móvil de odio, referido al sexo, y motivo reservado al género. Sobre ello, Maqueda Abreu, Mª. L., “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?”, cit., pp. 708 y s., Díaz López, J. A., <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>, 2015, cit., p. 12.

el acento en el móvil del autor³⁶, y quienes afirman el fundamento subjetivo de la agravante con base en los motivos del autor³⁷. La antes citada Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado insiste en la doctrina jurisprudencial que afirma la motivación del autor y sus sentimientos como esencia de la agravante 4ª del artículo 22 del código penal. Tal subjetivación ha favorecido la creciente ampliación de los delitos de odio y la aplicación de la agravante a delitos con sujeto pasivo no perteneciente a minorías o colectivos necesitados de especial protección. Como dice P. Laurenzo, “la jurisprudencia parece apostar por una versión subjetiva extrema de la circunstancia que atiende únicamente al sentimiento fóbico que motiva al autor y se desentien de las características identitarias de las víctimas”³⁸. En la jurisprudencia que aplica la agravante de género se constatan, no obstante, fluctuaciones en relación con el elemento subjetivo, que van desde la decidida invocación de motivos, emociones o sentimientos, como el desprecio del autor hacia la víctima (Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de febrero de 2017, ponente J. F. Mota Bello), pasando por moderados intentos de objetivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2018, ponente M. Colmenero Menéndez Luarca que, frente al criterio del Tribunal superior de Justicia de Castilla y León que consideraba no acreditado el móvil de desprecio, entendió que de la conducta del autor se desprendería “el intento de dominación del acusado sobre la víctima”), para volver a acentuar el aspecto subjetivo (Sentencia del Tribunal supremo de 19 de noviembre de 2018, ponente J. A. Sánchez Melgar), y girar de nuevo hacia una mayor objetivación (Sentencia Tribunal supremo de 26 de febrero de 2019, ponente L. Varela Castro: bastará con que “el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación”... “y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate”).

¿Todos los supuestos contemplados en el artículo 22. 4ª. requieren una conexión motivacional? ¿Son las razones de género motivos de género, o cabe una interpretación diferente? La fórmula legal dista de ser cla-

ra y precisa. Se puede entender que la referencia legal a los motivos se conecta a los racistas y antisemitas, y que luego se alude a “otra clase de discriminación” “referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual...”, la enfermedad que padezca o su discapacidad”, “razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

En relación con el género, la ley hace referencia a “razones”, no a motivos. Motivos y razones no son términos intercambiables, aunque estén interrelacionados, como la están también el razonamiento y el sentimiento. En los motivos intervienen factores externos e internos y un proceso evaluativo que lleva a la decisión³⁹, siendo en ellos fuerte la vinculación con las emociones. En el proceso racional importa más el peso de lo externo u objetivo y del momento intelectual, lo que no significa que no subyazcan en el mismo móviles y motivos. Las razones de género pueden ser desvinculadas, en consecuencia, de los particulares motivos o móviles o emociones, y objetivarse, entendiéndose por tales el conjunto de consideraciones que, conforme a la propia educación, historia y cultura, llevan a un trato desigual, de dominación y sometimiento de la mujer.

Con todo, quizás el intento de diferenciar entre motivos y razones en el artículo 22. 4ª del código penal no sea más que un esfuerzo por diferenciar lo que según la interpretación dominante no es diferenciable y no se diferencia en la regulación legal. Se trataría, por tanto, de una propuesta interpretativa de difícil acogida en una doctrina científica y jurisprudencial consolidada. Solo queda abogar por una modificación legislativa y proponer que, *de lege ferenda*, la agravante se formule objetivamente en torno a la acción discriminatoria⁴⁰ y, por lo que a la discriminación de género se refiere, en torno a la acción de dominación y sometimiento como una forma de comisión que atenta contra el interés a la igualdad y que agrava el injusto objetivo. *De lege ferenda*, a fin de respetar al máximo la vigencia del derecho penal del hecho, sería aconsejable no recurrir a elementos internos, subjetivos, más que para delimitar el injusto (restringiéndolo), como sucede con especifi-

36 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 83. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 193 y ss. Amplias referencias jurisprudenciales en RUEDA MARTÍN, Mª A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, cit., pp. 28 y ss.

37 REBOLLO VARGAS, R., “Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio”, *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza, J. M./ Garro Carrera, E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 202.

38 LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio”, cit., p. 458.

39 PALMERO, F., “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./ Martínez Sánchez, F. (coords.), Madrid (Mc Graw Hill) 2010, pp. 1 y ss.

40 Postula una concepción objetiva basada en la discriminación, LAURENZO COPELLO, P., “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, cit., pp. 279 y ss.

cos elementos subjetivos del injusto, o para disminuir la culpabilidad⁴¹.

VII. Conclusiones

- El feminicidio no es delito de odio sino de género, expresión de *misoginia objetivada* que responde (*ratio legis*) a la pretensión (misógina) de mantener a la mujer “a raya y en su sitio”.
- No cabe diferenciar entre un feminicidio de género y un feminicidio misógino. La muerte de una mujer por ser mujer es siempre expresión de *misoginia objetivada*.
- Los delitos de odio y los delitos de género surgen de manera independiente y deben permanecer diferenciados.
- Ambos tienen en común su pertenencia al ámbito de la lucha contra la discriminación. Los delitos de odio se sitúan también en el marco de la lucha por el reconocimiento.
- Ni los delitos de odio ni los de género deben requerir la presencia al tiempo del hecho del sentimiento de odio en el autor. Basta desde un punto de vista subjetivo con la presencia del dolo típico y el conocimiento de que se realiza una acción objetivamente discriminatoria y prejuiciosa.
- Ambas categorías de delitos se distancian si se atiende al círculo de los posibles sujetos pasivos. El colectivo de las mujeres no es un colectivo en el sentido de los delitos de odio. Las mujeres no forman un colectivo que no se tolere (aunque se las discrimine, domine o someta).
- El derecho penal de género debe mantener su autonomía. No debe diluirse dentro de la lucha general por la emancipación del ser humano y por la no discriminación y el reconocimiento de sectores, colectivos o grupos en situación de desventaja.
- Mantener expresiones como delitos de odio, discurso de odio u odio discriminatorio y simultáneamente sostener que no se requiere el odio, se justifica porque se trata de una nomenclatura muy consolidada; e incluso puede justificarse considerando que un determinado estado emocional está siempre presente en la psique del sujeto que comete uno de los llamados delitos de odio⁴², pero no puede dejar de constatarse la confusión que la terminología empleada trae consigo como se evidencia en la práctica de los tribunales y en sus excesos aplicativos.
- La regulación conjunta en el código penal español de las razones de género y otros supuestos de discriminación dificulta la autonomía de los delitos de género respecto de los delitos de odio. *De lege ferenda* sería preferible una regulación diferenciada de la agravante de género, a la par que sería precisa una modificación general de la fórmula del artículo 22. 4ª.
- *De lege ferenda*, la formulación de la agravante debe objetivarse, prescindiendo de la referencia a los motivos del autor. La objetivación debe alcanzar tanto a la regulación de la agravante de género como a la de discriminación prejuiciosa. Que la regulación española se haya hecho gravitar en torno a los motivos ha propiciado una aplicación excesiva de la agravante y su extensión a sujetos pasivos que no se hallan en situación de desventaja. El esfuerzo interpretativo por diferenciar entre motivos y razones a fin de objetivar la agravante de género puede ser valioso de cara a la objetivación de la agravante de género *de lege lata*, pero es insuficiente y, en cualquier caso, no extensiva a los supuestos que la ley ha hecho gravitar directamente sobre los motivos. La necesidad de una reforma legislativa integral del artículo 22. 4º del código penal, que ordene y clarifique lo que hoy es un *totum revolutum* con fuerte tendencia a la subjetivación, parece por todo ello incuestionable.

41 No es infrecuente que los códigos penales tengan en cuenta motivos, móviles, elementos de la actitud interna, etc. Se trata, unas veces, de meros criterios a tener en cuenta por el juez al determinar la pena concreta; así, en el § 46 del StGB donde hallamos referencias a motivos racistas y xenófobos —lo que se critica por su incompatibilidad con el Estado constitucional, vid. ROSTALSKI, F., “Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los delitos de odio”, cit. pp. 88 y ss.—, a “motivos de desprecio” y a la “actitud interna” (*Gesinnung*) del autor. Otras veces se prevén como circunstancias del delito, o como elementos esenciales que configuran o gradúan el injusto. Sostiene que las referencias legales a motivos, móviles o actitudes internas del autor no llevan necesariamente al derecho penal de autor, RUEDA MARTÍN, Mª A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, cit., p. 28, considerando que concurre un mayor contenido de injusto por el abuso de la posición de dominio y una mayor culpabilidad por el móvil discriminatorio.

42 DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, cit., p. 243 y nota 6.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com