

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

DEI'S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

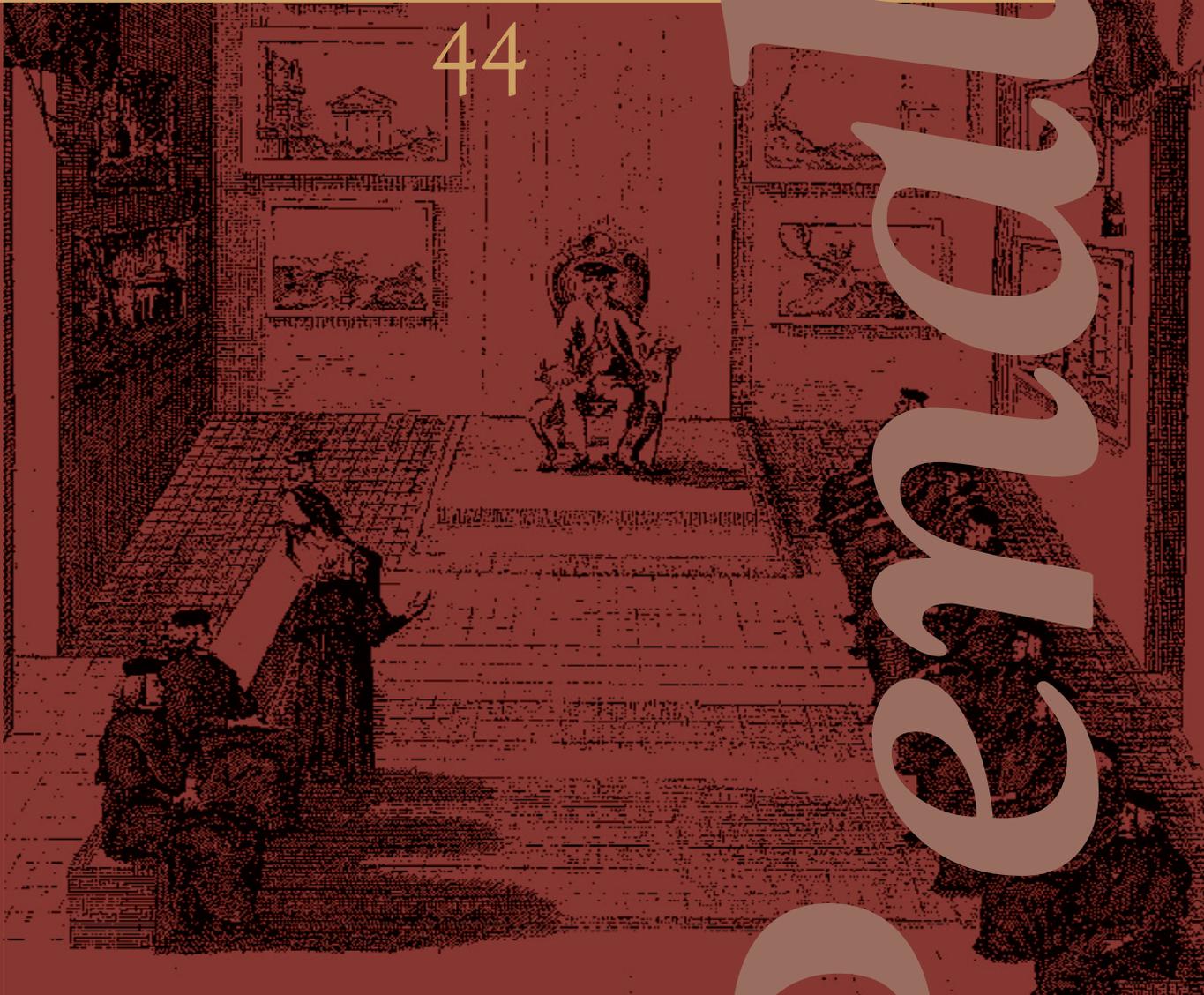
Penal

Julio 2019



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 44

Sumario

Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* 199

Sistemas penales comparados: Criminal compliance 214

Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

* 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



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	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. 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 Piedecosas. 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
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 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
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>



Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco

José Luis Serrano González de Murillo

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

Ficha técnica

Autor: José Luis Serrano González de Murillo

Title: Sexist violence and mixed kinship circumstance

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LAS AGRAVANTES DE PARENTESCO Y GÉNERO. III. EL ACTUAL SISTEMA LEGAL. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA VIOLENCIA MACHISTA /DOMÉSTICA Y PROBLEMAS QUE PLANTEA SU HETEROGENEIDAD. IV. CONCLUSIONES.

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE JURISPRUDENTIAL DOCTRINE ON THE COMPATIBILITY OF AGGRAVATING KINSHIP AND GENDER. III. THE CURRENT LEGAL SYSTEM. SPECIFIC REGULATION OF SEXIST / DOMESTIC VIOLENCE AND PROBLEMS POSED BY ITS HETEROGENEITY. IV. CONCLUSIONS.

Resumen: En los delitos de violencia contra la mujer con la que el autor mantiene una relación afectiva, el Tribunal Supremo español ha reconocido la posibilidad de aplicación cumulativa de las agravantes de parentesco y de discriminación por género, argumentándolo con el distinto fundamento de una y otra. Sin embargo, la regulación específica de la violencia machista con respecto a algunos delitos (lesiones, amenazas y coacciones) produce fricciones y desajustes con ambas agravantes genéricas. Para superarlas, se propone una reconsideración global de los factores de parentesco, género y convivencia doméstica en los delitos contra bienes personalísimos, con objeto de establecer cierta coherencia y seguridad jurídica, suprimiendo las regulaciones específicas, acotando el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación en razón del sexo y ajustando la agravante de parentesco a lo prescrito en el Convenio de Estambul.

Palabras clave: parentesco, violencia machista, violencia de género, feminicidio, lesiones, coacciones, amenazas, delitos sexuales.

Abstract: In the crimes of violence against women with which the perpetrator maintains an affective relationship, the Spanish Supreme Court has recognized the possibility of cumulative application of the aggravating circumstances of kinship and gender discrimination, arguing it with their different foundations. However, the specific regulation of sexist violence with respect to some crimes (injuries, threats and coercion) produces frictions and imbalances with both generic aggravations. To overcome them, a global reconsideration of the factors of kinship, gender and domestic coexistence in the crimes against very personal legal goods is proposed, in order to establish coherence and legal certainty, suppressing the specific regulations, defining the scope of application of the aggravation of discrimination based on sex and adjusting the aggravation of kinship to the requirements of the Istanbul Convention.

Key words: kinship, sexist violence, gender violence, femicide, injuries, coercion, threats, sexual crimes.

Rec: 12/04/2019 **Fav:** 18/05/2019

I. INTRODUCCIÓN

Pocas cuestiones más candentes en la patología social que la de la violencia contra las mujeres. En el loable intento de combatir esta lacra, se recurre una y otra vez al Derecho penal, confiando en su poder taumatúrgico y con olvido del principio de *ultima ratio*. Precisamente la reforma del CP de 2015 ha incorporado un nuevo instrumento penal, incrementando la panoplia de agravantes genéricas con la circunstancia de que el delito se cometa discriminando por razón de género. En su virtud, se deberá tener en cuenta, en la determinación legal de la pena, agravándola en, que el delito se haya cometido contra una mujer, por el hecho de serlo, por estimarla como un ser humano inferior, destinado a ser sometido y sin capacidad para decidir.

Este precepto se inscribe en la corriente, predominante hoy en la sociedad, de perseguir una mayor protección de la mujer frente al delito fundado en los papeles atribuidos a los uno y otro “género” en nuestro contexto socio-cultural. Pero dada la amplia coincidencia del ámbito de aplicación de este factor agravatorio con otros ya existentes —la discriminación por razón de sexo y la circunstancia de parentesco—, resulta conveniente dilucidar el ámbito de cada uno de ellos y su posible compatibilidad. En efecto, cabe preguntarse si presenta contenido propio la agravante genérica de discriminación por sexo junto a la debida al denominado “género”, y si tiene sentido agravar la discriminación por razón de género sumándola a la agravación por razón de ser el autor la pareja estable de la víctima. La trascendencia práctica de la respuesta es indudable, pues si se estiman compatibles, en cuanto concurrería una tercera circunstancia agravante y ninguna atenuante, sería posible, facultativamente y por disposición de la regla de determinación de la pena del art. 66.1.4ª, aplicar incluso la pena superior en grado.

Asimismo, para alcanzar una visión global de la protección de la mujer frente a la violencia, el análisis deberá extenderse a los tipos penales específicos en relación con la denominada violencia machista o de género, basados en una concepción de la pareja más amplia que la de la circunstancia de parentesco, y tangencialmente con la violencia en el ámbito doméstico.

La Exposición de Motivos de la reforma del CP de 2015 explica la incorporación de un nuevo motivo de discriminación en la agravante 4ª del art. 22 CP, basado en el género, entendido explícitamente en el sentido del Convenio nº 210 del Consejo de Europa de 2011 (conocido como de Estambul) sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en tanto que el género puede constituir “motivo de acciones discriminatorias diferente al que abarca la referencia al sexo”. De este modo simplemente se menciona una obviedad: que los conceptos de sexo y género aluden a perspectivas distintas sobre la división

de la especie humana en hombres y mujeres; y entonces ¿queda algún contenido para la discriminación en función del sexo en términos puramente biológicos?

El término “género” en realidad no expresaba en español directamente el significado pertinente en este contexto (como traducción del inglés *gender*, que designa el conjunto de las personas de cada sexo desde la perspectiva social). En cambio, hoy este sentido está ampliamente difundido también en español, hasta el punto de haber sido asumido en el diccionario de la RAE, como una de las posibles acepciones del término. La primaria es “conjunto de seres que tienen una o varias características comunes”, y entre las secundarias se incluye la aquí pertinente, alusiva a una característica común en concreto: “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”. Pero al principio la elección de esta expresión fue objeto de críticas, incluso desde filas feministas, al velar el hecho de que se trata de aludir a la violencia del varón sobre la mujer. Ello es cierto, pero para denominar a la agravante por discriminación el término “género” resulta más asumible que mencionar el hecho de que el delito respectivo recae sobre la mujer y lo ejecuta el hombre, lo que inmediatamente plantearía dudas desde la perspectiva del principio de igualdad; por no hablar de que evidenciaría la sempiterna consideración paternalista de la mujer como ser connaturalmente débil y necesitado de tutela especial. Por otra parte, el término “género” parece más aséptico, y en principio (aunque parece posibilidad improbable) englobaría también la comisión del delito contra hombres por el hecho de serlo.

En realidad, al adoptar esta decisión se genera una innecesaria duplicidad con preceptos ya vigentes, que al menos deberían haberse suprimido o adaptado. Pero es que además el compromiso internacional en que dice basarse este aspecto de la reforma no apuntaba precisamente hacia la opción técnica de incorporar una agravante genérica. En efecto, el art. 5.2 del Convenio lo que prevé es la obligación de los Estados signatarios de adoptar medidas legislativas para castigar los hechos que se enumeran más adelante en la propia norma (en sus arts. 33-40), hechos en su mayoría ya tipificados en el ordenamiento español y algunos que se incorporan en la propia reforma de 2015 (matrimonio forzado, acoso). Además, dentro de la lógica del Convenio para conseguir sus objetivos en el terreno penal, su art. 46.1 añade la obligación de introducir como circunstancias agravantes para los referidos hechos, siempre que no sean de por sí ya “elementos constitutivos” de los tipos existentes, “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 familia, una persona que conviva con la víctima, o una persona que abuse de su autoridad.” Es decir, se conceptúa como más grave cometer los delitos carac-

terísticos de violencia contra la mujer en el ámbito de relaciones parentales y de convivencia, entre otros.

Como puede apreciarse, no se está promoviendo en el Convenio la introducción en los ordenamientos internos de una agravante de género como tal¹, sino sólo de una agravante similar a “nuestro” parentesco, aplicable a los delitos —que hay obligación de tipificar— característicos de violencia contra las mujeres. Naturalmente, el Convenio no podía promover una agravante como la de género cuando el criterio definitorio, según su art. 3.c, para estos delitos, reside en que se considera violencia de género toda aquella “que afecta a una mujer porque es una mujer o *que afecta a las mujeres de forma desproporcionada*”. Si la razón de que hayan de incluirse determinadas formas de conducta en los CP de los países signatarios es que se trata de delitos que afectan a la mujer de forma desproporcionada, no tiene sentido volver a considerar en ellos una agravante de género, puesto que tal circunstancia ya les es inherente casi siempre. La *ratio legis* no puede añadirse como agravante. Se persigue que los CP no dejen de prever los delitos que con desproporcionada frecuencia se cometen contra las mujeres, pero que también incluyen, como supuestos relativamente excepcionales, los cometidos contra hombres. Lo cual no puede implicar que para los supuestos más frecuentes haya de reconocerse como agravante el hecho de ser la víctima mujer.

El legislador de la reforma, no acertando a captar la coherencia del sistema del Convenio, se aventura a añadir una agravante de discriminación por género y crea así problemas de solapamiento con la agravante de parentesco ya existente (y que si se prevé en el Convenio es en ausencia de una agravante de género); de deslinde con respecto a la agravante de discriminación por sexo; de duplicidad con las regulaciones específicas e la violencia de género; así como una posibilidad no desdeñable de infringir el *ne bis in idem*, como en efecto ha acabado ocurriendo merced a la interpretación jurisprudencial (*infra* II.a).

En este nuevo sistema, la anterior **agravante de discriminación por razón de sexo**, si bien se mantiene, queda prácticamente privada de contenido. Borja Jiménez²,

en un intento de salvar la aplicabilidad de esta norma, propone limitarla a los delitos contra hombres por parte de mujeres, por el hecho de ser la víctima hombre³ (p. ej., cometidos por feministas radicales), supuestos harto improbables; mientras que la agravante por razón de género se reservaría para víctimas femeninas a las que se quiere imponer el dominio del varón sobre la mujer, estimada como ser inferior y sometible, carente de derecho al respeto y a la capacidad de decisión⁴.

Con todo, la nueva modalidad de agravante de género, en tanto que una de las posibles vertientes específicas del sexo en la especie humana, resultaba superflua, al redundar en la ya recogida discriminación por sexo, incidiendo en un caso particular de la discriminación con raíz en el sexo biológico: en concreto, su motivación consiste en desvalorar a la mujer en el marco de relaciones de dominación del hombre sobre ella. Por tanto, esta iniciativa legal entraña una manifestación más del rechazable Derecho penal simbólico⁵ o propagandístico que, tratando en este caso, no de *preservar* pautas culturales (lo más habitual), sino de *cambiarlas* con un instrumento inidóneo como es el Derecho penal, introduce una enorme complejidad en el sistema.

Por su parte, la **circunstancia de parentesco** recibe ese *nomen iuris* en el cap. V. del tít. I del CP, aunque impropia, puesto que comprende a relaciones no parentales según el Código civil (arts. 915 ss.)⁶. El ámbito de relaciones entre sujetos activo y pasivo abarcadas por el tenor literal del precepto se ha ido ampliando progresivamente, para dar cuenta sobre todo de los supuestos de violencia doméstica, sumándose al matrimonio en 1983 la relación de afectividad análoga al matrimonio; en 1995, se matiza que tal relación no necesita ser permanente (exigencia no presente en el propio matrimonio), sino estable; y en 2003 se incluyen la relación con ex cónyuges y ex parejas de hecho, así como las de cuasi afinidad (ascendientes, descendiente y hermanos también del ex conviviente)⁷, si bien los afines y cuasi afines no parecen incluir a los de la ex pareja.

1 En cambio, no se recoge expresamente en la reforma del CP de 2015, y sí lo requiere el art. 42 del Convenio, la inadmisible de que se esgrima como justificación en los procedimientos penales por los delitos contra la mujer, la religión, la costumbre, la tradición cultural, etc; caso de los llamados “crímenes de honor” perpetrados por padres o hermanos.

2 Borja Jiménez, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 122.

3 Así también la STSJ Valencia de 29 de junio de 2018.

4 Así, Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que introdujo los arts. 148, 4º y 5º, 153.1 y concordantes.

5 Díez Ripollés, *Derecho Penal Español. Parte General*, 2016, p. 504.

6 Así, Altés Martí, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J. R. Casabó*, 1997, p. 91, quien destaca que el CP anterior resultaba más adecuado, al referirse a las “circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal según los casos”.

7 Díez Ripollés, *op. cit.*, 350; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 2015, p. 662. En cuanto a las relaciones pasadas, no se prevé un plazo razonable de “caducidad” para ellas, transcurrido el cual ya no resulten significativas.

Ahora bien, no se ha llegado tan lejos en la delimitación de tales relaciones como en los supuestos específicos de violencia de género (arts. 153.1, 173.2 y concordantes), en que la relación de afectividad puede ser con o sin convivencia (es decir, no necesariamente *estable*), lo que dificultará resolver uniformemente la delimitación de parentesco y preceptos específicos con la agravante de género (*infra* III). Asimismo, mientras la agravante de parentesco incluye todo tipo de relación de pareja (heterosexual, pero también homosexual, y con cualquier combinación de sujetos activo y pasivo), los preceptos específicos sólo se refieren al sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer en la pareja, por tanto, heterosexual.

El fundamento del parentesco como agravante lo ha situado la doctrina, y a ello enlazará la jurisprudencia (*infra* II.a), en que al cometer el delito el sujeto activo no está a la altura de las expectativas sociales, jurídico-civiles o fácticas (de respeto y ayuda mutua), derivadas de la relación parental con la víctima, de donde se desprendería un superior injusto⁸. El fundamento de la agravante de género, como en el resto de los delitos con intención discriminatoria, residiría en cambio en la mayor reprochabilidad⁹. La agravación por parentesco sirve, pues, para acentuar la prohibición de *delinquir* contra personas con respecto a las que existe, justo lo contrario, una obligación de *protegerlas*; además de compensar la mayor facilidad de comisión del hecho, en ocasiones vinculada a la confianza mutua propia de la relación parental¹⁰.

Tanto la circunstancia de parentesco como la de género sólo son de aplicación para los delitos dolosos, si bien en la de parentesco aparece alguna resolución aislada en que se aplica al homicidio imprudente¹¹. La de género, desde luego, puesto que se relaciona con la

motivación que guía la comisión del delito, es incompatible con la comisión imprudente.

El parentesco no siempre operará como agravante, sino que puede desplegar efecto atenuatorio, o ni uno ni otro debido a su efecto variable¹², si bien los casos controvertidos con respecto a la agravante de género son sólo los agravados. Será atenuante cuando el sujeto activo siente que puede esperar cierta comprensión por parte de la víctima, en delitos contra la propiedad (si ya no queda excluida la punibilidad por virtud del art. 268), falsedades (con dudas), la intimidad, el honor, tráfico de estupefacientes, e incluso en los delitos contra la vida, en los supuestos de homicidio *pietatis causa*, o en algunos de homicidio imprudente. En esta vertiente, se sostiene que la circunstancia expresa una menor exigibilidad, puesto que condiciona el proceso de motivación, o la menor necesidad de pena, porque razones de eficiencia aconsejan reducir la intervención penal en el seno familiar¹³.

Finalmente, la nueva **agravante de discriminación por género** parece incorporar una nueva razón que fundamenta la mayor gravedad de determinados delitos en la mayor reprochabilidad¹⁴ que supone su comisión por estar inspirados en la infracción del principio constitucional de igualdad, es decir, en atribuir una menor valía a la víctima debida a sus circunstancias personales o del grupo en que se encuadra. Se ha dicho que, a diferencia de las causas de discriminación originariamente previstas, que se orientan a la protección de un grupo humano susceptible de ser objeto de prejuicio y trato desigual, mediante la comisión de delitos contra sus integrantes, ahora se trata, más bien que de proteger al grupo, de tutelar al individuo frente a determinada clase de criminalidad discriminadora, la machista¹⁵.

Sin embargo, esta nueva agravante introduce un matiz diferencial con respecto a las discriminaciones

8 Y por tanto afectaría al injusto, no a la imputación personal. Así, Mir Puig, *op. cit.*, p. 662; Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 351. Ampliamente al respecto, pero inclinándose por situar el fundamento en la mayor reprochabilidad, Bajo Fernández, *El parentesco en el Derecho penal*, 1973, pp. 38 ss.).

9 Extensamente, Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 504.

10 Cuestión distinta es si esta realidad se basa en un mayor desvalor de la conducta (injusto) o en una mayor reprochabilidad. En cuanto a la idea de que el fundamento dé cuenta de la falta de respeto puesta de manifiesto con el delito, resulta incompatible con que precisamente en los delitos contra el *honor* la jurisprudencia (STS 18 de junio de 2007) la aprecie casi siempre como circunstancia *atenuante*.

11 Sin embargo la aprecia, en un caso de muerte imprudente del hijo de corta edad, por no aplicar sus padres los cuidados requeridos, la SAP Las Palmas, de 29 de marzo de 2018. En sentido contrario, SAP Asturias de 2 de abril de 204.

12 Si puede atenuar o agravar, también puede no desplegar ni un efecto ni otro. Así, Mendoza Buergo, *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, 2018, p. 533. *Cfr.* el estudio sobre su aplicabilidad con respecto a los distintos grupos de delitos, en Bajo Fernández, *op. cit.*, 1973, pp. 59 ss.

13 Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 500. En cambio, cuando es agravante la conceptúa como circunstancia que aumenta el injusto (p. 351). No deja de resultar incoherente que, como también sostiene la jurisprudencia, la circunstancia agrave objetiva y automáticamente, sin necesidad de la presencia de afecto; mientras que para atenuar haga falta que el afecto haya influido en la motivación, no bastando la sola concurrencia de la relación parental.

14 Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 503.

15 Borja Jiménez, *op. cit.*, p. 120. Sin embargo, no se aprecia este matiz diferencial. En todos los casos se persigue proteger tanto al grupo como a sus integrantes en concreto.

“asépticas” e igualitarias, como las que se refieren a la raza o etnia, la orientación sexual o el sexo, en que se menciona la razón de la discriminación, pero no se identifica a los grupos discriminadores y discriminados, y que al menos en abstracto permiten la posibilidad de aplicarlas, por improbable que ello sea, a la discriminación de sentido inverso a la esperable: a la discriminación a un blanco (o blanca), a un payo, a un heterosexual o a un varón. En cambio, la relativa al género parece consagrar una sola posibilidad, unidireccional, paralelamente a los motivos antisemitas. En ambos casos, se exagera lo identitario de las víctimas, y ambas resultan criticables por la misma razón: son innecesarias, en tanto que casos particulares del sexo o de la etnia, respectivamente; y perpetúan la excepción y la excepcionalidad, que parece cerrar el paso a la posibilidad de discriminación inversa.

La agravante de género sirve al combate contra la delincuencia discriminatoria, pero con pésima técnica jurídica. En efecto, la protección de la mujer frente al machismo violento, al menos el relacionado con la *pareja, estable o no*, ya estaba presente en tipos delictivos específicos agravados, a saber, en lesiones, amenazas, coacciones y delitos contra la integridad moral; asimismo, el resto de los delitos de esa índole quedaban cubiertos por la agravante de parentesco, referido a las *relaciones afectivas estables*, y, para el resto de los supuestos *sin relación de pareja alguna*, ya existía la agravante de discriminación por razón de sexo. Por eso difícilmente se explica la incorporación de la nueva agravante de discriminación por razón de género¹⁶, con vocación de aplicación general. En los casos de relaciones afectivas estables, de pariente (en el sentido del art. 23 CP) varón sobre pariente mujer, ¿cabe apreciarla cumulativamente con la de parentesco por basarse en distinta razón de ser? En los de relaciones afectivas no estables obviamente sí resultará de aplicación. Pero, ¿cabe aplicarla donde no se da relación afectiva alguna entre autor varón y víctima mujer? ¿Y en los casos de otras relaciones de afecto distintas a la pareja, como las de parentesco de padres, hijos o hermanos?

De todos modos, resulta indudable la duplicidad, al menos en parte, que se da entre las circunstancias de parentesco/género, y las regulaciones específicas de algunos de los factores de ellas en la Parte Especial. No ha de descartarse como posible explicación de tal

solapamiento la de las vicisitudes de la regulación positiva: se trata de preceptos introducidos en reformas distintas, sin miras sistemáticas, en un contexto de iniciativas guiadas por finalidades siempre distintas, tan pronto centradas en la protección de las instituciones familiares, como en la lucha contra la violencia doméstica, como de algunas manifestaciones de la violencia machista, o como genéricamente de todas las posibles manifestaciones de la violencia contra la mujer. Con este modo de legislar a impulsos independientes, al no haberse medido las repercusiones respectivas, cada nueva pieza viene a trastocar progresivamente el sistema.

Pues bien, con objeto de arrojar un poco de luz en tan complejo panorama normativo, se estudiará primero la posición jurisprudencial sobre la compatibilidad entre parentesco y género, ya que el debate ha sido más profundo en este ámbito. Una vez dilucidada, tal habrá de considerarse el sistema aplicable con carácter general, digamos por defecto. Después habrá que abordar la regulación específica, a este respecto, para algunos grupos de delitos o delitos concretos dentro de determinados grupos, que por el principio de especialidad parece de preferente aplicación con respecto al sistema de circunstancias genéricas que tengan en cuenta el parentesco y/o el género, en conexión asimismo con el tratamiento de la violencia doméstica. Entonces será el momento de extraer las conclusiones pertinentes acerca de la consideración global de la violencia de género en el CP y de formular propuestas de regulación coherentes, mejor estructuradas por homogéneas, y respetuosas de los principios de seguridad jurídica y de *non bis in idem*.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LAS AGRAVANTES DE PARENTESCO Y GÉNERO

En la jurisprudencia menor no se observaba un criterio unitario acerca de si cabe apreciar cumulativamente las agravantes de parentesco y género. Mayoritariamente se apreciaba la compatibilidad en razón de los distintos fundamentos y configuraciones respectivos¹⁷; pero también se sostenía la aplicación preferente de la agravante de género, que desplazaría a la de parentesco¹⁸. Paralelamente, en la doctrina se había defendido

16 Borja Jiménez, *op. cit.*, p. 121, quien con buen criterio trata de avanzar una interpretación para salvar el principio de vigencia, aplicable a la nueva norma.

17 STSJ Cantabria de 26 de junio de 2017; SAP Madrid de 1 de diciembre de 2017; SAP Valladolid de 29 de mayo de 2017; SAP Badajoz de 5 de febrero de 2018; SAP Vizcaya de 26 de abril de 2018.

18 La STSJ Valencia de 29 de junio de 2018 estima que debería haberse reformado la circunstancia de parentesco, para dejar estos casos sujetos solo y claramente a la agravante de género.

tanto la compatibilidad¹⁹ como la aplicación preferente de la agravante de género²⁰.

1. Criterio que se abre camino

Aunque todavía no existe una directriz asentada al respecto, sí al menos una resolución explícitamente favorable a la aplicación simultánea de ambas circunstancias. En efecto, la STS de 19 de noviembre de 2018 se pronuncia explícitamente a favor de la compatibilidad entre las circunstancias agravantes de parentesco y género, confirmando en este punto el fallo recurrido, relativo a una tentativa de homicidio de un hombre contra mujer pareja estable; y asentando nociones ya apuntadas en la reciente STS de 25 de septiembre de 2018.

En primer lugar, la sentencia aprecia en el supuesto la circunstancia de parentesco, entendiendo que esta se basa en datos **objetivos** (la existencia objetiva de la relación estable, que naturalmente debe ser conocida por el sujeto), como el matrimonio o la relación similar con convivencia, sin necesidad de que medie la afectividad en esa relación, puesto que el art. 23 abarca tanto la relación actual como la pasada (“rota”)²¹. Acertadamente puntualiza que si se requiriera la relación de afectividad actual el precepto no se aplicaría casi nunca, salvo en los supuestos de homicidio *pietatis causa*, en que más bien la circunstancia mixta tendría virtualidad atenuante.

En cuanto a la agravante de motivos discriminatorios relativos al género, y basándose en la jurisprudencia del TC que estimó constitucional el castigo agravado

por violencia de género en los art. 153.1 CP y concordantes²², su fundamento lo sitúa el TS en que el sujeto activo cometa los hechos motivado por sentirse superior a alguno de los colectivos enumerados (entre ellos, el de género), y “como medio de demostrar a la víctima además que la considera inferior”. Su índole la estima, por tanto, predominantemente **subjetiva**. Esta “subyugación del sujeto activo sobre el pasivo”, o actitud machista y controladora, no se “concretaría de forma exclusiva a las relaciones de pareja o ex pareja”, sino que abarcaría a “cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer” mediante la violencia y el terror²³. En los hechos probados considera que queda demostrado el ánimo discriminatorio con que obraba el sujeto, como reflejo de la pretensión de control que ejercía sobre la víctima desde el principio de la relación entre ambos, lo que explica el homicidio intentado objeto de enjuiciamiento.

Esta resolución enlaza con la STS de 25 de septiembre de 2018, que también delimita la agravante de cometer el hecho por motivos de discriminación por género con las afines de parentesco y discriminación por razón de sexo. Reflexiona en esta el TS que ni la circunstancia de parentesco ni la de sexo requieren la presencia de un ánimo de dominación por parte del varón sobre la mujer. En cuanto al parentesco, subraya que la definición legal requiere el carácter estable de la relación; a su vez, en la agravante de discriminación por sexo, esta se referiría a las características “biológicas y fisiológicas” que distinguen a uno y otro sexo; mientras que la discriminación por género a los papeles sociales asociados a las personas de uno u otro sexo en

19 A favor de la compatibilidad, p. ej. Escarlata Gutiérrez (en la web El Derecho: <https://elderecho.com/compatibles-la-circunstancia-agravante-genero-la-circunstancia-mixta-parentesco-respecto-unos-mismos-hechos>), con idénticos argumentos: basarse ambas circunstancias en fundamentos distintos y en hechos también distintos (la relación de pareja estable, en el parentesco, y la de cometer el hecho por ser la víctima mujer “y de sentirse superior a ella por ese único motivo”, en la discriminación por género); razón por la cual la aplicación simultánea, cuando concurren los requisitos de ambas (que no tienen por qué darse siempre juntos) no infringiría el *ne bis in idem*. La agravante de género sólo se apreciaría en los hechos de hombre sobre mujer, cometidos con la intención de hacerla sentir inferior por este solo motivo, sin que haga falta que medie una relación de pareja pasada o actual, como ocurriría en el ejemplo del varón que agrede a una mujer con la que simplemente está flirteando, para dejarle patente su inferioridad, por lo que considera que no puede negarse a lo que él solicite.

20 Con respecto a la agravante de parentesco basado en la relación marital o de afectividad análoga, entiende Borja Jiménez (*op. cit.*, p. 122) que los hechos del hombre sobre la mujer serían objeto de la nueva agravante de discriminación por género, que resultaría de preferente aplicación con respecto a la de parentesco, la cual se debería haber reformado para evitar la duplicidad.

21 Cuando el art. 23 no permitía que la relación fuese tanto pasada como presente, la jurisprudencia venía negando la circunstancia en casos de relaciones afectivas con alto grado de deterioro o totalmente rotas, debido a la falta de fundamento para la mayor reprochabilidad del autor (Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 533). Sin embargo, ¿cómo se justifica esa reprochabilidad ahora, cuando la ley ya no requiere que la afectividad esté subsistente? ¿Se aprecia ahora mayor reprochabilidad siempre sólo porque la ley ya no distingue entre relaciones pasadas y actuales? Actualmente, el TS lo que requiere es que el hecho se desenvuelva en el contexto matrimonial o de pareja, objetivamente, sin necesidad de vínculo afectivo subsistente (p. ej. STS de 5 de mayo de 2009). Por tanto, el fundamento se hace residir en que el autor ponga de manifiesto una falta de respeto hacia una persona con la que está o estuvo estrechamente ligado por lazos afectivos (o de sangre).

22 Que la justifica por estar fundada, no en razones biológicas, sino en “el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos en función del *ámbito relacional* en el que se producen” (STC de 14 de mayo de 2008). Pero, claro: ¿se refiere el TC a la relación social *abstracta* entre el papel asignado a uno y otro sexo, o a la relación de pareja entre hombre y mujer *concretos*?

23 En el mismo sentido, STS de 25 de septiembre de 2018.

una sociedad concreta, tal como establece el Convenio de Estambul²⁴. Por ello la agravante de discriminación por género “puede ser apreciada fuera de las relaciones de pareja”²⁵. ¡Y también la de discriminación por sexo, que ya existía!

La compatibilidad entre las agravantes de género y de parentesco en este ámbito, según la sentencia, se basa en el distinto fundamento de una y otra. La de género tiene un fundamento **subjetivo** de agravación, por cuanto consiste en la intención, manifestada con la realización de actos violentos o intimidatorios²⁶, de conseguir el dominio sobre la mujer; actos reveladores de un ánimo de demostrar la superioridad del varón y la inferioridad de la mujer, quien se espera que se someta por el hecho de serlo, y como medio para asegurarse su obediencia. De ahí se deriva una mayor reprochabilidad por la actitud, puesta de manifiesto en hechos indiciarios. Por su parte, la agravante de parentesco muestra un fundamento predominantemente **objetivo**, basado en el menosprecio de los deberes morales que imponen las relaciones familiares o de afectividad, bien en el vínculo matrimonial, bien en la convivencia como pareja (esta incluso al margen de la existencia de vínculo afectivo actual)²⁷.

Este aspecto ha de matizarse, teniendo en cuenta que más bien la circunstancia se basa en cierto grado de compromiso, ya que en la relación conyugal la ley no requiere la convivencia, pero sí en la relación de afectividad análoga. Por eso la jurisprudencia trata de limitar el alcance del parentesco, negando su virtualidad agravatoria en el matrimonio cuando apenas ha habido convivencia²⁸.

El TS entiende que en unos casos se darán ambas circunstancias simultáneamente, pero que el ataque puede dirigirse también a una mujer no unida con el sujeto activo por una relación de parentesco (pareja estable, actual o pasada), con tal que ejecute actos que trasluzcan dominación sobre la mujer por el hecho de serlo²⁹. En suma, que al apreciar ambas no se vulnera el *ne bis in idem* por cuanto que una y otra circunstancia responden a fundamentos distintos, “que no se tienen que dar necesariamente juntos”, siendo, pues, compatibles.

El TS parece asumir, en la línea del convenio de Estambul³⁰, que para la agravante de género da igual que medie o no algún tipo de relación entre autor y víctima. Por eso a su juicio queda clara la compatibilidad entre la discriminación por género (haya o no alguna relación) y el parentesco (cuando hay una relación con convivencia actual o pasada)³¹. En cambio, la STS de 25 de septiembre de 2018 indica expresamente que la agravante de género está caracterizada, además de por la actitud o situación de dominación sobre la mujer, por que “el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja, lo que le atribuye una evidente especificidad”, relación que no obstante no necesita ser estable como en la de parentesco, mientras que es la discriminación *por razón de sexo*, fundada sólo en la realidad biológica, la que “puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja”. Así pues, no queda claro si para la agravante de género debe existir *alguna relación de pareja* (cuestión distinta es que la relación no necesite ser estable, ni que se alcance la convivencia requerida para el parentesco legalmente definido), o si caben supuestos en que un hombre trata

24 Que define el “género”, en su art. 3.c, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

25 E, inversamente, la agravante de discriminación por sexo no podrá apreciarse en todas las parejas. No habrá lugar, en efecto, en parejas estables homosexuales.

26 Como oportunamente puntualiza la STS de 25 de septiembre de 2018, no se trata de castigar al sujeto por su personalidad o actitud, lo que supondría incurrir en un Derecho penal de autor; sino por los concretos hechos que ha realizado. Hechos de los que obviamente se ha de deducir la motivación, y en el momento de deducir se puede estar expuesto al peligro de caer en el Derecho penal de autor, dada la inseguridad jurídica que plantea toda alusión a motivos. Cfr. Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 505.

Apoyándose en esta STS de 25 de septiembre de 2018, la STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 2019 rechaza la aplicación de la agravante de discriminación por género, apreciada por la Audiencia de Palencia, por falta de hechos probados concretos en que sustentar esa voluntad de dominación, que el tribunal de instancia apoyó en simples afirmaciones genéricas.

27 La objetivación de la circunstancia se pone de manifiesto también en las otras manifestaciones del parentesco, en las que, apartándose de la tendencia anterior a no apreciarla cuando los parientes (p. e.j, hermanos) se conducen como extraños o con abierta enemistad, en la actualidad se atiende objetivamente a la mera existencia de la relación biológica (ATS de 3 de octubre de 2013).

28 En un delito contra la libertad sexual, STS 8 de enero de 2010.

29

30 En conexión expresamente con el precepto que dispone: “Los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito” (art. 43).

31 Desde la perspectiva opuesta, el TS tiene declarado que no cabe extender la circunstancia de parentesco a las relaciones de afectividad *sin convivencia* (es decir, sin estabilidad) interpretándola en el sentido que establecen los arts. 153.1 y concordantes, ya que tal criterio incurriría en la analogía prohibida (STS de 10 de febrero de 2016). A lo que ha de añadirse que tal limitación no sólo tiene sentido por lo que respecta *directamente* a la pareja, sino porque incluir a la pareja de una relación afectiva sin convivencia implicaría *indirectamente* añadir a los ascendientes, descendientes y hermanos (naturales o adoptivos) de la pareja. Los cuasi-afines deben serlo, como dispone taxativamente el art. 23 *in fine*, sólo “del conviviente”, y no de cualquier pareja sentimental.

de imponer su dominación sin que exista entre autor y víctima ningún tipo de relación.

En la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, *si se requería la existencia de cierto marco relacional entre autor y víctima* para apreciar este tipo de violencia, al señalar su EM que la ley persigue “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 estas *por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. Este concepto es el que inspira los artículos 153.1 CP y concordantes, aun cuando el elemento fundamentador, el machismo, no se plasmara *verbatim* en los preceptos concretos. Sin embargo, cuando dice atenderse al convenio de Estambul, el TS parece desvincularse de esa última exigencia y conformarse con que el delito lo cometa un hombre sobre una mujer, *sin necesidad de ningún tipo de relación* entre ellos. No así en la STS de 25 de septiembre de 2018. La cuestión sigue abierta.

2. Relación de las dos circunstancias con las regulaciones específicas

Una vez establecida con carácter general la posibilidad de aplicación simultánea de los efectos agravantes de discriminación por género y parentesco, surge el problema de su encaje con los tipos penales específicos que recogen asimismo, en medida variable, ambos factores de agravación.

Afortunadamente, el TS se ha anticipado a responder a esta cuestión concursal, estableciendo una restricción obligada. La antes mencionada STS de 19 de noviembre de 2018 declara: “Naturalmente, no puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que exista o haya existido entre la víctima y el autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*”³².

Sin embargo, esta indicación de urgencia y *ob iter dicta* debe relativizarse con diversas puntualizaciones.

En efecto, cabe apreciar **diferencias** entre las relaciones afectivas denominadas impropia de parentesco y las contempladas en la regulación específica de la violencia machista. El parentesco jurídico-penal definido en el art. 23, que puede ser agravante, atenuante o indiferente, requiere estabilidad de la relación y convivencia, actual o pasada³³, y es aplicable tanto si el delito lo comete el hombre sobre la mujer como la mujer sobre el hombre, o cualquiera de ellos si la pareja es homosexual. Quedan excluidas las relaciones ocasionales, o las de noviazgo incipiente, fugaces y sin convivencia. Pues para agravar por parentesco hace falta la analogía con la relación conyugal, y por tanto que se vulneren ciertas obligaciones recíprocas asumidas en una relación de cierta estabilidad, caracterizada por la convivencia en el domicilio, dependencia económica y cierto compromiso de permanencia, no bastando ni siquiera con tener descendencia en común, si esta es fruto de relaciones esporádicas. La propia jurisprudencia ha recordado que para interpretar la analogía al matrimonio requerida en la circunstancia de parentesco no cabe recurrir al concepto de relaciones de afectividad de los arts. 153.1 y concordantes, lo que infringiría el principio de legalidad.

Los tipos específicos, en cambio, sólo son aplicables a parejas heterosexuales, requieren exclusivamente como sujeto activo al varón y como sujeto pasivo a la mujer, y ni estabilidad de la relación de afectividad ni tampoco convivencia³⁴. Caben, pues, tanto las relaciones estables como las pasajeras (desde luego sí un noviazgo relativamente fugaz, pero ¿incluidas las absolutamente ocasionales, *de una noche*, o aquí se entiende que ni siquiera se ha cimentado la afectividad?), y tanto las que han dado lugar a convivencia como las que no.

Por tanto, los arts. 153.1 y concordantes reúnen unos supuestos en que se dan todos los elementos de la relación de parentesco, y otros en que no, en que faltan la estabilidad de la relación y la convivencia. Si se entiende que la razón de ser de los tipos específicos es el que con la violencia el hombre trate de imponer la dominación en la relación afectiva, y para ello no se considera imprescindible la estabilidad de la relación ni la convivencia, entonces cabría defender que al apreciar estos tipos no se agota el contenido de injusto presente en los casos de relaciones análogas al matri-

32 En el mismo sentido ya Escarlata Gutiérrez, en la web El Derecho: *loc. cit.*

33 Así con claridad la STS de 10 de febrero de 2016, que requiere como mínimo un inicio de convivencia, cuando menos parcial, en el marco de un “compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad”, y expresamente, con posterioridad la reforma de 2015, la STS de 25 de septiembre de 2018.

La relación parental ¿incluirla a los supuestos de poligamia? ¿Cabe entender que la convivencia estable con distintas mujeres a un tiempo, sea o no en el mismo domicilio, constituyen relaciones de afectividad “análogas al matrimonio”? ¿O la analogía al matrimonio se agota en las relaciones de pareja, entre dos personas, bien es verdad que con independencia de su respectivo sexo?

34 Que no se requiera convivencia llama la atención, si se tiene presente que en origen la agravación del art. 153 se basaba en la lucha contra la violencia *doméstica* (*domus* = casa) de acuerdo con la EM de la LO 11/2003, que la introdujo.

monio estables, con convivencia, puesto que no siempre en ellos se atenta contra la pretensión de respeto y los deberes morales de auxilio mutuo derivados de las relaciones parentales. Conclusión: no media relación de especialidad y la agravante genérica de parentesco no queda desplazada ni consumida, sino que habría de apreciarse cumulativamente en los casos en que sí se dé la estabilidad de la relación. La cuestión es si hay que distinguir entre unos supuestos y otros. Para la tesis del TS, las relaciones de parentesco y las de imposición de dominio tienen sentidos distintos y son compatibles (*supra* II.a); no se puede tratar igual el solo desprecio de la mujer por el hecho de serlo que el desprecio de un pariente que resulta ser mujer, pero que no tendría por qué serlo. Habría que distinguir entre ambas situaciones, y el modo de hacerlo sería, donde además de relación de dominación concorra una relación afectiva estable (incluido el matrimonio), aplicando a los tipos específicos la agravante de parentesco, para marcar la diferencia valorativa con aquellos donde se trate de imponer la relación de dominio, pero en un contexto de relación no estable.

Por otra parte, el TS sostiene, si bien contradiciéndose en ocasiones, que en la agravante de género puede darse relación de afectividad, pero que también puede aplicarse cuando no existe relación previa alguna, ni siquiera una relativamente pasajera, bastando con que se trate de un hombre delinquiendo contra una mujer por discriminación de género. En los tipos específicos de violencia machista implícitamente concurre el elemento de discriminación por género, al que se añade como elemento adicional la existencia de relación de afectividad estable o no, con convivencia o no. Por tanto, aquí sí se da la relación de especialidad y prevalece el tipo específico, que incluye a la agravante genérica.

Asimismo, fuera de los supuestos específicamente previstos en el art. 153.1 (relación de afectividad aun sin convivencia), sería posible aplicar la agravante *genérica* de género si se entiende, como parece sugerir el TS, que no hace falta relación de ningún tipo entre hombre y mujer para su apreciación: así, cabría entre extraños, o incluso entre los parientes de la mujer distintos a la pareja, estable o efímera, y *a fortiori* con las mujeres especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como agravante genérica, naturalmente su trascendencia en la determinación de la pena sería distinta a la de los preceptos específicos mencionados, que comportan distinto marco penal.

3. ¿Reflejo subjetivo del “contexto social de dominación” en la regulación específica de la delincuencia relacionada con el género?

Recapitulando, cabe extraer de la jurisprudencia reciente sobre la agravante de género las siguientes premisas: 1) A diferencia de la de parentesco, la agra-

vante de discriminación por género responde a un fundamento eminentemente subjetivo, de tendencia del sujeto activo, reflejado en sus actos, no bastando con la pertenencia de la víctima a la categoría de personas potencialmente discriminables. 2) La agravante de discriminación es inherente a los delitos en que la violencia de género recibe regulación específica (arts. 153.1 y concordantes). 3) Conclusión: En estos preceptos ha de entenderse implícito el correspondiente aspecto subjetivo, puesto de manifiesto en el modo de actuar. ¿O no?

Este debate es tan antiguo como la regulación específica, y está relacionado con la constitucionalidad del régimen asimétrico que estableció. En él venía abriéndose camino la tesis de que no debe ser de aplicación automática la agravante de género en todo caso de delito del hombre contra la pareja femenina (en los delitos de los arts. 153.1 y concordantes), sino que ha de requerirse que la conducta responda a un ánimo de dominación, deducible del contexto de la concreta relación, y no a otra motivación totalmente distinta e independiente: STS de 8 de junio y de 24 de noviembre de 2009, 26 de diciembre de 2014, ATS de 31 de julio de 2013, amén de numerosas decisiones de alrededor de una decena de Audiencias Provinciales (p. ej., SAP Madrid de 1 de enero de 2017).

El hecho de que la STS de 18 de noviembre de 2018 se apoye para distinguir entre discriminación por género y parentesco en el carácter eminentemente subjetivo de aquella, requiriendo en ella el ánimo de discriminar y reafirmar la propia dominación con los actos delictivos, parecía que iba a permitir profundizar en esta línea, descartando la aplicación de los tipos de violencia machista en supuestos en que tal ánimo se encuentre totalmente ausente.

Sin embargo, y como era de temer, tal posibilidad ha quedado cerrada por la STS de 20 de diciembre de 2018, relativa a las lesiones leves constitutivas de violencia machista del art. 153.1. Este recurso de casación había sido avocada al Pleno de la Sala, debido a las decisiones divergentes que venían adoptando las Audiencias Provinciales y el propio TS. El alto tribunal entiende ahora (¡precisamente en un caso de agresión recíproca, en que la mujer tuvo la primera y la última “palabra”!) que cualquier violencia del hombre sobre la mujer en el ámbito de una relación afectiva entraña un acto de poder y superioridad sobre ella, debido al aspecto contextual o sociológico del hecho, al margen de cuál sea la motivación o intencionalidad del autor. En su criterio, la agresión del varón es por sí misma un acto de violencia de género con connotaciones de machismo controlador, no existiendo base legal para “degradar los hechos (...) a delito leve” entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja. La “filosofía” del art. 153.1 se hace consistir en agravar la conceptualización del delito siempre que (a) exista una relación entre los sujetos,

fijada de forma objetiva, y (b) el acto delictivo consista objetivamente en golpear o maltratar sin causar lesión. En cambio, las lesiones leves en la dirección inversa dentro de la agresión mutua —mujer sobre hombre— constituirán siempre violencia doméstica del art. 153.2, pese a que tampoco se persigue abusar de posición de dominio alguna; es decir, dada la concurrencia de datos puramente objetivos. Consiguientemente, ambos delitos se perseguirán de oficio, sin necesidad de que medie denuncia.

Pues bien, si de acuerdo con el criterio del Pleno del TS no se requiere ánimo de dominación o discriminación alguno, bastando la existencia de relación, queda privado de base el principal argumento para afirmar la compatibilidad entre las agravantes de parentesco y género (las dos estimadas como inherentes al art. 153.1 y concordantes): que el parentesco presenta carácter objetivo y la discriminación carácter subjetivo, tendencial. Así lo establecía la STS de 18 de noviembre de 2018 y la STS de 25 septiembre 2018, acerca de la agravante de género. En esta se requiere que los hechos probados pongan de manifiesto el intento de dominación mediante la violencia: de los hechos probados concretos deduce razonablemente “el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos íntimos y personales de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto”.

Pero en la STS del Pleno de la Sala, para apreciar violencia de género no se exige más que la relación de pareja y la agresión leve, datos ambos objetivos, y no además el sesgo machista de la personalidad del varón, ni mucho menos *que ese sesgo o intención se haya manifestado en hechos concretos probados de los que deducir la voluntad de dominación* y menosprecio de la víctima como mujer concreta, lo único que permite sustentar la diferencia de trato jurídico-penal.

¿O es que la agravante de discriminación por género no es inherente a los tipos de los arts. 153.1 y concordantes, como ha sostenido el TS (*supra* II.b)?

En realidad, carece de sentido que para los delitos a los que les es aplicable el régimen *general* de la agravante de género se requiera el ánimo de dominación, y en cambio para los delitos con régimen *específico* (algunas lesiones, coacciones y amenazas) baste con la objetiva relación de afectividad. La conclusión debe ser la señalada al principio de este epígrafe: también para los delitos con régimen específico ha de requerirse el ánimo de dominación machista.

A pesar de indicios en contra³⁵, confiemos en que el TS corrija su rumbo en este aspecto, tanto para salvar la coherencia con respecto a su concepción de la agravante de género como para preservar los principios de culpabilidad y presunción de inocencia.

III. EL ACTUAL SISTEMA LEGAL. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA VIOLENCIA MACHISTA /DOMÉSTICA Y PROBLEMAS QUE PLANTEA SU HETEROGENEIDAD

Examinada la postura jurisprudencial sobre la compatibilidad de discriminación por género y parentesco, así como sobre la presencia implícita de ambas en los delitos con régimen específico para la violencia machista, conviene ahora analizar el conjunto de delitos contra bienes jurídicos personalísimos más expuestos a su lesión en el ámbito de las relaciones entre los dos sexos y familiares, desde la perspectiva de cómo resuelve la ley penal vigente la concurrencia de relaciones de pareja o parentales en la perpetración de tales delitos. Como tendremos ocasión de comprobar, se ha ido desplegando una política criminal basada en un casuismo poco meditado, fruto de iniciativas legislativas distintas, lo que conduce a una heterogeneidad de regímenes para supuestos que se habrían resuelto mejor de manera sistemática. No sólo se distingue para los distintos grupos de delitos, sino también en el seno de cada grupo, y a su vez esas diferencias intragrupalas se manifiestan de manera distinta en cada uno de los grupos. Sobre todo no se explica que la protección reforzada específica frente a la violencia machista se circunscriba a los delitos de lesiones ocasionales, amenazas y coacciones leves, no incluyendo a los más graves, como los delitos contra la vida, la integridad moral o la libertad ambulatoria. El esquema resultante es innecesariamente complejo, casi caótico, lo que se revela sobre todo cuando se intenta encajar esas diversas regulaciones específicas con el régimen de las dos agravantes genéricas ya estudiadas.

En una primera aproximación global, dentro de tales delitos, existen algunos en que el factor género está específicamente previsto, y ligado al parentesco tal como lo define el art. 23, pero excediéndolo: algunas lesiones, violencia habitual como delito contra la integridad moral, amenazas y coacciones; en ellos, tanto la agravante de parentesco como la de género parecen inherentes a los preceptos específicos. En otros, ante la ausencia de previsión expresa, se aplica el sistema de agravantes genéricas de parentesco y género. Por último, en otros

35 Indicios que no son precisamente alentadores. Más bien, la tendencia es a mantener la línea iniciada. Así, la STS de 26 de febrero de 2019 reconoce la aplicación de la agravante de género de un delito de violación partiendo del contexto objetivo de una relación afectiva (pretérita), sosteniendo que desde la perspectiva subjetiva basta con el conocimiento de esa relación objetiva de dominación, más la voluntad de cometer el delito específico.

cabe apreciar inherencia de la circunstancia de género, de acuerdo con la realidad criminológica, si bien no en función de los términos típicos, que no distinguen expresamente en función del “género” de la víctima: ablación genital en niñas (art. 149.2), matrimonio forzado y acoso como formas de coacciones (arts. 172 bis y 172 ter), así como trata de seres humanos (sobre todo en las modalidades del art. 177 bis.1 b y e: explotación sexual y celebración de matrimonios forzados).

Descendiendo al desglose para cada familia de delitos, en los que atentan contra la vida humana dependiente, a pesar de ser aquellos que más impactan a la opinión pública y a cuyas estadísticas se apela como “termómetro” de la violencia machista, no se ha adoptado en España el modelo de algunos países iberoamericanos de tipificar el “femi(ni)cidio”; es decir, no están específicamente previstos los fenómenos del parentesco o de la relación de género, sino que su tratamiento se limita a la aplicación de las circunstancias agravantes genéricas, dentro de los marcos penales correspondientes. Por tanto, la eventual compatibilidad entre una y otra tiene aquí una gran repercusión práctica. La violencia “oblicua” sobre la mujer, es decir, la consistente en matar a sus hijos en el marco del sometimiento a ella como madre, no parece que permita aplicar la agravante de género al propio delito contra la vida.

Un problema específico plantearía la práctica del aborto impuesto a la mujer del art. 144, en que parece que sólo cabría la posible apreciación de la agravación por parentesco, pero no por género, que constituiría un elemento implícito.

La complejidad alcanza el máximo en los delitos de lesiones. En su regulación, las disfunciones que cabe advertir no tienen fin, sobre todo si se parte de la postura jurisprudencial sobre parentesco y género (*supra* II.a). Para empezar, no se entiende que coexistan hasta tres regímenes distintos, dependiendo de la gravedad objetiva de la afección al bien jurídico. La idea general parece ser la de que a menor gravedad de las lesiones, más intensa ha de ser la intervención penal para “marcar” los casos de violencia machista o de violencia familiar, y de que en ellos ha de aplicarse un correctivo más drástico con objeto de evitar que la violencia ocasional se convierta en habitual, o escale en el futuro a una agresión más grave o a atentar contra la vida. Se consagra así en la ley el temor a la pendiente resbaladiza, que desemboca en la nula tolerancia.

Por otra parte, se establece que las lesiones *per se* leves que se producen en el ámbito de la violencia machista o doméstica sean siempre perseguibles de oficio. Puesto que no se dispone nada específico al respecto³⁶,

se entiende aplicable el régimen general de perseguibilidad, a diferencia del resto de lesiones leves, sólo perseguibles mediante denuncia (art. 147.4). De este modo, se hurta a los implicados la posibilidad de impedir la drástica intervención del *ius puniendi*, que puede acabar de deteriorar relaciones afectivas o familiares tambaleantes, algo político-criminalmente nefasto en supuestos de violencia que no amenaza repetirse, o en que se ha tratado de una riña mutuamente aceptada. Se priva así indebidamente a este círculo de personas del derecho que asiste al resto de los ciudadanos de eludir la (quizá contraproducente) intervención de la Administración de Justicia en escenas de violencia de muy baja intensidad. Aquí se parte del principio de intervención máxima e inexorable. Resulta llamativo que se permita decidir ejercitar o no la facultad de denunciar en relación con el homicidio o las gravísimas lesiones de los arts. 149 o 150 por imprudencia menos grave, y que en cambio por una simple bofetada o empujón, si bien dolosos, no se pueda evitar la intervención de la maquinaria judicial. Otro tanto ocurre con respecto a las coacciones o las amenazas intrínsecamente leves.

Así pues, *en primer lugar*, las lesiones dolosas leves (del art. 147, 2 o 3) se han estimado merecedoras de regulación específica. En su virtud, tanto en la violencia sobre la mujer-pareja, como la doméstica, las lesiones intrínsecamente leves dejan de ser delito leve (antes delito leve o falta) y ascienden un grado, a delito menos grave. La violencia machista se regula en el art. 153.1 y la violencia doméstica en el art. 153.2. Se prevén penas ligeramente superiores en el primer caso, pero siempre menos graves, no leves. Según el TS, a estos supuestos no les serían de aplicación las agravantes de parentesco ni de género (*cf.* ya *supra* II.b las puntualizaciones al respecto).

Si el fundamento de este precepto agravado, en el ámbito de la pareja, es la relación de dominación de un género sobre otro, dependiente por tanto del papel social asociado a cada sexo, no se entiende que no establezca claramente que no es el sexo biológico lo único relevante. La ley parece presumir *iuris et de iure* que toda lesión leve en una relación hombre-mujer tiene un tinte machista³⁷, y esto sí contradiría el principio constitucional de igualdad (*supra* II.c). Resulta preferible, pues, a esta regulación específica, el régimen genérico que claramente sólo permite aplicar la agravante de género allí donde el contexto machista esté *realmente* presente, como se debe deducir de los hechos probados.

Por otra parte, dado que la única violencia agravada prevista en las relaciones de pareja es la del hombre sobre la mujer, todas las otras tres posibilidades combina-

36 A diferencia de, como en seguida se examinará, lo dispuesto para coacciones y amenazas en estos ámbitos, en que sí se dispone expresamente la persecución de oficio. Otro ejemplo de la pésima técnica legislativa.

37 Críticamente en este sentido, p. ej. Cancio Meliá, *Memento práctico Francis Lefebvre penal 2019*, 2018, p. 880.

torias dentro de parejas (mujer sobre hombre, hombre sobre hombre, mujer sobre mujer) quedan excluidas del art. 153.1, aunque se trate de relaciones conyugales o de convivencia *estable*. Estas otras relaciones de pareja donde (aun dándose la relación de parentesco en un contexto de pareja) se presume que no cabe la relación de dominación por razón de género, quedarían sujetas al tipo residual de la violencia doméstica del art. 153.2 (que, como es sabido, se aplica a todas las mencionadas en el art. 173.2, exceptuadas las de la violencia machista del párrafo anterior, 153.1).

Como los supuestos de violencia doméstica del art. 153.2 exceden ampliamente de las relaciones de parentesco del art. 23, incluyendo a prácticamente todas las personas que puedan formar parte del núcleo de convivencia familiar o asimilado, si se quiere distinguir entre los casos en que concurre relación de parentesco y aquellos otros en que no, habría que afirmar la necesidad de aplicar aquí la agravante de parentesco. En efecto, la LO 11/2003, que introdujo este precepto pretendía combatir, no la violencia entre los parientes descritos en el art. 23, sino la violencia doméstica, como desprende tanto de su propio título: “Ley (...) de medidas concretas en materia de (...) violencia doméstica”, y de lo explicitado en la EM. Quienes conviven casi siempre son parientes, pero no en todos los casos descritos; y los parientes mencionados exceden con mucho de la descripción del art. 23. También en la violencia de género del art. 153.1, puesto que se contienen supuestos de parentesco (pareja estable) y otros donde no media parentesco (pareja no estable), habría que distinguir entre unos y otros aplicando la agravante de parentesco donde procediera. No es lo mismo agredir a una mujer pariente que a una “extraña” en el sentido del art. 23, según la argumentación con que el TS establece la compatibilidad entre las circunstancias de parentesco y género; y el art. 153.1 sólo da cuenta de que se agrede a la mujer por el hecho de serlo, mediando una relación afectiva, que puede ser estable (parentesco) o no.

Pero inversamente, en el ámbito de la violencia machista, si se sigue la tesis jurisprudencial de que para aplicar la agravante de género no es necesaria la existencia de previa relación afectiva entre sujeto activo y pasivo, en principio quedaría la posibilidad de aplicar a las lesiones leves del art. 147, 2 o 3, la agravante de género. Incluso, a los casos cubiertos por el art. 153 distintos a los de relación afectiva (es decir, distintos a aquellos en que es *connatural* la discriminación por género) se les podría aplicar la agravante de discriminación por género. Piénsese en los de autores padres o

hermanos que persigan sojuzgar a la hija o hermana, en culturas muy tradicionales celosas del “honor” familiar.

En segundo lugar, las lesiones del tipo básico (art. 147.1), las que requieren tratamiento médico o quirúrgico para su curación, también presentan una regulación específica, pero sólo para la violencia machista (y asociada), no para la doméstica, y sólo como agravante facultativa (art. 148, 4º y 5º). Así, se prevé la agravante específica del tipo básico de lesiones sólo para los casos de violencia machista sobre pareja no necesariamente estable y persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (los mismos sujetos del art. 153.1). Por el principio de especialidad e inherencia, no serían de aplicación aquí las agravantes genéricas de parentesco ni género, según la tesis el TS, necesitada de matización (*supra* II.b): porque, en efecto, en las lesiones sobre la mujer habría que distinguir las que tienen lugar en una pareja estable y las lesiones en pareja no estable, aplicando a las primeras la agravante de parentesco.

Por último, en tercer lugar, las lesiones constitutivas de secuelas de los arts. 149 y 150 carecen de cualquier regulación específica, y están sometidas al régimen general, el mismo de los delitos contra la vida, en tanto que alcanzan el grado de gravedad más cercano a éstos. Así, en ellas podrían apreciarse, dado el caso, las agravantes genéricas de parentesco y de género, que de acuerdo con la jurisprudencia resultarían de compatible aplicación. En particular, cabría especialmente debatir la aplicación de la agravación por género a los casos de mutilación genital (si bien estas prácticas suelen realizarlas también mujeres)³⁸, y a los de esterilización forzosa.

En el delito de práctica de reproducción asistida sin consentimiento, del art. 161, sería posible la agravante de parentesco, pero la de género parece inherente.

En el ámbito de las coacciones, el art. 172.2, paralelo al 153.1 en cuanto al círculo de sujetos activos y pasivos, eleva de delito leve a menos grave las coacciones del varón sobre la pareja femenina, no necesariamente estable (es decir, con o sin convivencia). Para el resto de los supuestos enumerados en el 173.2 (“fuera de los supuestos anteriores”) la pena es leve, si bien superior a la del resto de las coacciones leves, y el delito se ha de perseguir de oficio, a diferencia del resto de coacciones leves, que necesitan denuncia.

En las figuras de amenazas, el régimen específico es incomprensiblemente un poco distinto del de las coacciones. El art. 171.4 contiene una regulación análoga a la del 153.1 para las amenazas machistas leves, en el ámbito de las relaciones de pareja, no necesariamente

38 A favor de la aplicación, Cuadrado Ruiz, en Suárez López *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje a la Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, vol. 1, pp. 904 ss. ¿Aplicación de la agravante de discriminación por género también a mujeres que tratan de perpetuar sobre la víctima el modelo de dominación por el varón?

estable (“con o sin convivencia”). Esas amenazas veniales se convierten en delito menos grave en función de la relación que media entre los sujetos activo y pasivo³⁹. En cambio, respecto al resto de los supuestos de “violencia doméstica” se requiere que la amenaza leve sea “con armas u otros instrumentos peligrosos” para poder distinguirse de las demás amenazas leves; su marco penal es ligeramente superior a estas, pero sin dejar de ser leve, y se persiguen de oficio.

Los supuestos en que se utiliza a los hijos como objeto para presionar a la madre permitirían aplicar la agravante de género a las amenazas condicionales o coacciones, puesto que el sujeto pasivo del bien jurídico libertad de obrar sería la propia madre, mientras que los hijos meros instrumentos.

El resto de figuras de coacciones y de amenazas, en paralelo con las lesiones más graves, estarían sometidas al régimen general, es decir, a la posibilidad de apreciación, incluso concurrente, de las agravantes de parentesco y género. Todo parece indicar que a los matrimonios forzados les son inherentes las circunstancias de parentesco (al menos típicamente acompañante) y de género, y al delito de acoso la de género⁴⁰.

Con respecto a la detención ilegal, nada específico se prevé, lo que extraña, debido a la frecuencia de su comisión en el ámbito estudiado (la detención como manifestación de la relación de dominio), y a que la delincuencia machista y doméstica en los demás delitos contra la libertad, coacciones y amenazas, sí recibe un tratamiento específico. Las detenciones, pues, estarían sometidas al régimen genérico, con la posibilidad de apreciar las agravantes de parentesco y de género.

En cuanto a los delitos contra la integridad moral, la violencia doméstica *habitual* del art. 173.2 presenta cierto paralelismo con lo dispuesto para las lesiones leves *ocasionales* en el art. 153, matizado por el hecho de que a efectos del atentado contra la dignidad no se distingue entre la violencia machista y la doméstica⁴¹. Por eso se comprende que, en esa lógica equiparadora que impera en la violencia habitual, resulte indiferente la dirección de la violencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la violencia habitual puede recaer sobre varias personas; consiguientemente el art. 173.2 permite

todas las posibilidades dentro de las relaciones de pareja incluso no estables, a diferencia del art. 153.1 (que sólo incluía a la violencia del varón sobre la mujer en esas mismas relaciones de pareja, dejando para el concepto residual de las relaciones interpersonales domésticas todos los demás supuestos: mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer, estables o no). Para la injuria o vejación injusta de carácter leve⁴² del art. 173.4 se prevén penas también leves (con respecto a sujetos distintos a los enumerados en el n.º 2, la conducta es atípica), y al menos en el caso de las injurias se establece la denuncia como condición de perseguibilidad.

Sin embargo, no se entiende que se agrave específicamente la violencia machista ocasional leve en el art. 153.1 y en cambio no la violencia machista habitual, donde precisamente se revela el talante del maltratador y el denominado síndrome de la mujer maltratada, talante que por lo mismo resulta consustancial y demostrado, lo que en cambio no se requiere expresamente en la violencia ocasional.

En los delitos contra la integridad moral, pues, quedaría espacio para la agravante de parentesco, que es inherente a algunos de los supuestos mencionados, pero no a todos. Habría que distinguir entre unos y otros. En principio, la agravante de género sí resultaría posible aplicarla, ya que la relación de dominación en razón del género no está presente en ninguna de las conexiones descritas entre sujeto activo y pasivo, si se sigue la interpretación del TS, que no requiere ningún tipo de relación afectiva entre autor y víctima.

En los delitos contra la intimidad personal, el art. 197.7, fruto de la reforma de 2015, que introduce el delito de difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales, incluye una agravación cuando media o hubo relación conyugal o de afectividad análoga, con o sin convivencia, entre sujeto activo y pasivo. Dado el tenor literal, y teniendo en cuenta el carácter no marcado del género gramatical masculino (“él”), una y otra posición pueden ocuparla tanto el hombre como la mujer, en el mismo sentido que en el delito de violencia doméstica habitual.

Pero si en algún grupo de delitos se pone de manifiesto la imposición del control del varón sobre la mujer

39 Convirtiendo así en un problema penal lo que en muchos casos no será más que una muestra de desavenencia pasajera, motivada por tensiones cotidianas o por el deterioro de la convivencia normal entre cualesquiera personas (así, Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 166).

40 La STS de 26 de febrero de 2019 razona que en los delitos de matrimonio forzado, acoso y divulgación de imágenes sin consentimiento (art. 197.7; a este respecto *vid.* en seguida *infra*), incorporados en la reforma de 2015, ya se tuvo en cuenta la perspectiva de género, razón por la que les es inherente la circunstancia.

41 De hecho, los textos originales de los arts. 153 y 173.2, introducidos por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, eran completamente armónicos, distinguiendo al segundo la nota de habitualidad de la violencia. Es decir, el art. 153 agravaba sólo la violencia doméstica, en cualquiera de sus manifestaciones, incluida la surgida en el seno de la pareja (aunque no se conviviera y no fuera exactamente *doméstica*, por cierto). Sólo con la LO 1/2004 se introduce en el art. 153.1 la especificidad de la violencia machista dentro del conjunto de la violencia doméstica, agravando a su vez por este nuevo concepto; haciéndolo extensivo a las coacciones y a las amenazas (*cf.* *supra*).

42 ¿Ha de ser *habitual* como el precedente delito contra la integridad moral del art. 173.2?

es en los que atentan contra la libertad sexual, máximo exponente de tal voluntad de dominación; como también de la falta de respeto y la facilidad de comisión debidos a la relación de parentesco. Para los delitos de agresión sexual, así como los de abuso sexual (en la medida en que no sea ya inherente a la modalidad de prevalimiento), el parentesco constituye una circunstancia agravante *específica* determinante de la aplicación del tipo cualificado del art. 180.4^a, que en el caso de la violación permite como marco penal la prisión de 12 a 15 años (prácticamente, coincidente con la mitad superior del marco penal del homicidio)⁴³.

Pero aquí el alcance del parentesco excluye al cónyuge y a las relaciones de afectividad análogas (aunque sí incluye a los afines)⁴⁴. Poca duda ofrece que en los casos de ascendientes, descendientes y hermanos la circunstancia específica, y su efecto de dar lugar a un tipo cualificado, resulta de aplicación preferente sobre la genérica de parentesco⁴⁵. Ahora bien, con respecto a cónyuge y relaciones asimiladas, ¿qué tratamiento debe darse al delito sexual? En el caso de delito en el ámbito de la pareja, esta agravante específica, aun no contemplando la relación de pareja, ¿desplaza por especialidad a la genérica de parentesco?, ¿o con respecto a la víctima-pareja es posible apreciar la agravante genérica dentro del marco penal de los tipos básicos? Si fuera de aplicación la agravante *genérica* de parentesco⁴⁶, sólo serviría para individualizar la pena dentro del marco penal de los tipos básicos.

En cuanto a la agravante de género, ¿tiene algún sentido cuando todos (inherencia) los delitos contra la libertad sexual consisten en imponer la voluntad del sujeto activo sobre la negativa del pasivo? Es decir, en todo caso se trata de dominar a otra persona, por lo que la agravante de género sería indistinguible de la idiosincrasia de estos delitos, de dominación sobre otra persona sea cual sea su sexo, y no aportaría nada adicional. De hecho, la tendencia en los últimos decenios en las reformas penales ha sido la de introducir la neutralidad del sujeto pasivo de estos delitos, es decir, la posibilidad de que sujeto pasivo de agresiones, abusos, etc., sea también el varón. Ahora bien, recuérdese la definición del art. 3.c) del Convenio de Estambul, a tenor de la cual se entiende por violencia de género toda

aquella “que afecta a una mujer porque es una mujer o *que afecta a las mujeres de forma desproporcionada*”. Este segundo inciso parece encajar con los delitos del ámbito sexual, pero tal como se propuso *supra* I, el Convenio queda cumplido con la mera previsión de estos delitos, sin que la circunstancia de que la mayor parte de las víctimas sea femenina deba tener eficacia agravatoria específica.

La STS de 26 de febrero de 2019 reconoce la aplicación de la agravante de género en un delito de violación partiendo del contexto objetivo de una relación afectiva (pretérita), sosteniendo que desde la perspectiva subjetiva basta con el conocimiento de esa relación objetiva de dominación, más la voluntad de cometer el delito específico. El TSJ de Valencia, que conoció en apelación e incorporó la agravante (no tenida en cuenta en la sentencia de la AP), ya insistía en la misma línea: si se ha condenado en la primera instancia asimismo por lesiones del art. 153.1, lesiones que son manifestación de un contexto discriminatorio, con más motivo debe estimarse que la discriminación concurre en el delito de agresión sexual. Esta objetivización lleva a un terreno peligroso: cualquier delito sexual en un contexto de relación de pareja conlleva la agravación por género, convirtiendo automáticamente en más grave la violencia por persona conocida que por un extraño. O, aún peor: ¿la “relación asimétrica” de subyugación incluye a toda relación con un hombre?

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de los distintos grupos de delitos se desprende que no se ve el sentido del tratamiento distinto, en el ámbito de la violencia machista, para unos grupos de delitos con respecto a otros destinados a proteger el mismo o similar bien jurídico (homicidio en comparación con lesiones, amenazas y coacciones con respecto a detención ilegal); ni tampoco, dentro de un mismo grupo, del tratamiento diferenciado de las figuras delictivas leves con respecto al resto de las figuras (lesiones, amenazas, coacciones). Cuando se intenta encajar esta heterogeneidad legal con el régimen de las dos agravantes genéricas, parentesco y género, aplicables a este ámbito, la complejidad resulta inmanejable.

43 Muy críticamente, basándose en la incompatibilidad de los medios violentos o intimidatorios, propios de la agresión sexual, con la idea de prevalimiento, que subyace al parentesco, Morales Prats / García Albero, en Quintero Olivares / Morales Prats, *Comentarios la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 322.

44 Igualmente, en el art. 183.4 d) para los delitos contra la indemnidad sexual, es decir, la agresión o abuso sexual a sujetos pasivos menores de 16 años; y en el art. 188.3.b) para el delito de favorecer o facilitar la prostitución de menor o incapaz. Concebir el parentesco en estos términos parece fundarse entonces en el tabú del incesto, como en otro contexto legal distinto ya advirtiera críticamente Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 68 ss.

45 Así, Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 1043, invocando a la regla de inherencia; pero sin reparar en el problema que plantea la omisión legal del parentesco derivado de la relación de pareja.

46 Así, SsTS de 17 de junio de 2008, 30 de abril de 2009 o 22 de febrero de 2012.

Urge, pues, una reconsideración global de cómo tener en cuenta los factores de parentesco, género y convivencia doméstica en los delitos contra bienes personalísimos, introduciendo cierta armonía, coherencia y seguridad jurídica.

Con tal finalidad, se propone una regulación homogénea de todos los delitos en que esté presente la violencia machista. Así, habría que suprimir los regímenes específicos para delitos como lesiones, coacciones o amenazas, singularmente los leves. La agravante de discriminación en razón del sexo de la víctima sería buen candidato a este régimen general, preferiblemente con respecto al de género, puesto que permite tanto los supuestos más frecuentes (delito de varón sobre mujer) como los relativamente infrecuentes y excepcionales (mujer sobre hombre), de manera que no habría riesgo de infracción del principio de igualdad; y puesto que los papeles sociales, culturales, etc., al fin y al cabo están vinculados al sexo de la persona. Si se insiste en mantener el término “género” para subrayar el papel social de los sujetos según su sexo, entonces habría que suprimir la mención genérica al sexo, y al menos en abstracto permitir la aplicación de la agravante a las conductas discriminatorias contra uno y otro género; bien entendido que la inmensa mayoría de los supuestos se referirán al delito del varón contra la mujer. Con ello se pondría fin a una divergencia absolutamente arbitraria en el régimen de delitos tan próximos como homicidio y lesiones, o las lesiones de distinta gravedad entre sí; o detenciones ilegales y coacciones/amenazas.

Pero este esquema debería complementarse con la especificación de a qué delitos es aplicable la agravante, descartando por omisión a aquellos en que se dé inherencia, a juicio del legislador. Así se ganaría en seguridad jurídica, estableciendo el límite máximo de aplicación, ante la tendencia expansiva del concepto de violencia contra la mujer (se entiende, por parte del varón), o sea, violencia machista, de la omnipresente “perspectiva de género”. Ello presupondría un debate político-criminal sobre a qué grupos de delitos aplicar esta agravante.

Como se ha puesto de manifiesto con respecto a las regulaciones específicas de los arts. 153.1 y concordantes (*supra* II.c y III), más idóneo para sancionar lesiones machistas hubiera sido incorporar una circunstancia agravante cuando las lesiones, coacciones, etc. sean causadas contra una mujer realmente en el contexto de violencia de género, es decir, cuando se haya probado en el proceso penal que el hombre actuó contra la mujer como manifestación concreta de la pretensión de someterla o menospreciarla, aprovechando una situación de desigualdad o de poder. Justo la idea que refleja la EM de la LO 1/2004, pero que no fue finalmente incorporada de modo explícito al texto articulado. Esta función podría desempeñarla ahora, en tanto que agravante ge-

nérica, la circunstancia que tiene en cuenta el sexo de la víctima, el que se haya delinquido con motivo de la discriminación por sexo (casi siempre, cuando la víctima mujer es menospreciada por el autor varón), la cual requiere como elemento subjetivo el obrar guiado por esa intención. Una ventaja de la agravante genérica es que requiere la demostración de la intención de obrar por motivos discriminatorios. Así se conjuga el riesgo de apreciar la circunstancia objetiva y automáticamente en todo delito de hombre contra mujer, como ha ocurrido en los tipos específicos con la jurisprudencia del TS (¡tan previsible!) que considera al carácter machista de la violencia del varón sobre la mujer como una presunción indestructible.

Pues bien, en la medida en que se disponga de una agravante que tenga en cuenta la discriminación por sexo o género, en realidad sobrarán las regulaciones específicas, que plantean múltiples problemas de encaje y son redundantes y perturbadoras. Simplemente deberían suprimirse.

Con una regulación genérica, el efecto agravante será uniforme y proporcional para todos los grupos de delitos que se incluyeran en su ámbito de aplicación, así como para todos los delitos que integran cada grupo.

En cuanto a la aplicación de la agravante de parentesco, consérvese o no su nombre, debe ajustarse la descripción de las relaciones de pareja a la orientación marcada por el convenio de Estambul, que en su art. 46.1) añade la obligación de introducir como circunstancias agravantes para los hechos de violencia sobre la mujer y doméstica, siempre que no sean de por sí ya “elementos constitutivos” de los delitos existentes, que se hayan cometido “contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima, ...”, sin distinguir por tanto entre parejas estables y no estables, al margen del sexo respectivo (para permitir en abstracto todas las posibilidades, aunque en la práctica predominarán los casos de varón contra mujer), y excluyendo a los afines y cuasi afines, que sólo son parientes indirectamente a través de la relación con el cónyuge o conviviente.

Lo que no tiene sentido es establecer, como en la actualidad el CP español, dos regímenes distintos, uno genérico para las parejas estables (parentesco), y otro específico (sólo con respecto a algunos delitos), aplicable a parejas tanto estables como efímeras. La ley deberá dejar claro qué entiende por pareja para todos los delitos contra bienes personalísimos. Y dejar claro si quiere o no establecer un régimen agravado, dentro del ámbito de la violencia fundada en el sexo de la víctima (en la práctica, del hombre sobre la mujer como tal), para los delitos que tienen lugar en el seno de una pareja, con objeto de distinguirlos de aquellos otros en que no media tal relación.