

Los colectivos identitarios y la tutela penal

Identity groups and criminal law protection

*José Luis Díez Ripollés**

Resumen: este estudio se ocupa de la cada vez más extensa e intensa protección penal de intereses que de alguna manera pueden adscribirse a colectivos identitarios. Comienza identificando el modo indirecto en que, en la mayoría de las ocasiones, se protegen los intereses de los colectivos identitarios en el derecho penal español. Analiza luego la evolución legislativa de las últimas décadas, dividida en cuatro periodos y un hecho relevante, y que ha llevado al progresivo incremento del número de colectivos identitarios cuyos integrantes gozan de una protección reforzada penal. Se pregunta más adelante por la compatibilidad de esa sobretutela penal con los principios que regulan el control social penal, así como sobre la afectación que ella produce sobre los intereses individuales y su disponibilidad. Atiende igualmente a la problemática relación entre los intereses de esos colectivos identitarios y los intereses generales, y al modo en que tales intereses identitarios se han abierto paso en el proceso legislativo penal. Se concluye con un conjunto de propuestas políticocriminales relacionadas con las conclusiones obtenidas.

Abstract: This study deals with the increasingly extensive and intense criminal law protection of legal interests that can in some way be ascribed to identity groups. It begins by identifying the indirect way in which, on most occasions, the legal interests of identity groups are safeguarded in Spanish criminal law. It then analyses the Spanish legislative evolution of recent decades, divided into four periods and a relevant event, which has led to a progressive increase in the number of identity groups whose members enjoy enhanced protection under criminal law. Later, it goes on to question the compatibility of this overprotection with the principles that regulate social crime control, as well as the effect it has on individual interests and their availability. It also looks at the problematic relationship between the interests of these identity groups and general interests, and the way in which these identity interests have found their way into the criminal legislative

* Catedrático em. de derecho penal. Universidad de Málaga. ripolles@uma.es

process. It concludes with a set of criminal justice policy proposals strongly related to the conclusions reached.

Palabras clave: Colectivos identitarios, vulnerabilidad, disponibilidad, comunitarismo, política criminal, procedimiento legislativo.

Keywords: Identity groups, vulnerability, availability, communitarianism, criminal policy, legislative procedure.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los bienes jurídicos protegidos del individuo, la sociedad o el Estado. 3. Los colectivos identitarios como titulares de bienes jurídicopenalmente protegidos: 3.1. Escasez de intereses autónomos de los colectivos. 3.2. Intereses individuales comunes a integrantes de colectivos. 3.3. La gestión de la vulnerabilidad individual. 3.4. Evolución de la legislación penal: 3.4.1. Transición política (1976-1982). 3.4.2. Consolidación del sistema democrático (1982-1996). 3.4.3. Código penal de 1995. 3.4.4. Rigorismo penal (1998-2011). 3.4.5. Rigorismo e identidades (2011-2023). 3.4.6. Recapitulación. 4. La legitimidad de la tutela reforzada de los integrantes de los colectivos identitarios: 4.1. Magnitud del problema. 4.2. Los límites del control social penal. 4.3. La disponibilidad de los intereses individuales. 4.4. De Estado socioliberal a Estado sociocomunitario. 4.5. Protagonismo legiferante de colectivos identitarios. 5. Algunas propuestas conclusivas. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

La distinción entre titular del *ius puniendi*, titular del bien jurídico protegido, perjudicado por el delito, y objeto de la acción delictiva está bien asentada en derecho penal español¹.

El titular del *ius puniendi*, o derecho a penar, lo es sustancialmente el Estado nacional.² Los titulares de los diversos bienes jurídicos protegidos, o sujetos pasivos, pueden ser muy variados, pues ello depende de dónde resida el interés específico en la tutela del correspondiente bien jurídico, sin que sea preciso disponer de un derecho subjetivo sobre ese bien. Entre los más caracterizados sujetos pasivos suelen citarse la persona, la sociedad y el Estado mismo, y es en torno a ese trío que se suelen agrupar los diferentes bienes jurídicos penalmente protegidos. El perjudicado

¹ Véanse, por todos, Díez Ripollés, 2020a, pp. 172-175; Morillas Cueva, 2021, pp. 449-452; Luzón Peña, 2016, pp. 163-164; Mir Puig, y cols. Gómez Martín/Valiente Iváñez, 2016, pp. 229-231; Cerezo Mir, 2008, pp. 376-378.

² Si bien en ocasiones lo serán estructuras políticas sometidas a él, pero con competencias penales —p. e. estados de estados federados—, y en un número limitado de infracciones penales internacionales lo será Naciones Unidas.

por el delito, o víctima, es aquel o aquello que ha sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito, y es un concepto más amplio que el de sujeto pasivo, pues no es imprescindible que la víctima sea siempre la titular del bien jurídico. El objeto de la acción delictiva es la persona o cosa sobre la que incide materialmente la conducta delictiva, de ahí que también se denomine objeto material del delito, y puede coincidir o no con el sujeto pasivo del delito.

La identificación de los sujetos pasivos, o titulares de los bienes jurídicos protegidos, no es una tarea sencilla. Si empezamos por las tres categorías mencionadas, vemos que pueden ser portadores del bien jurídico tanto personas físicas como jurídicas; que la sociedad puede entenderse a diferentes niveles, no solo nacional sino también local, regional e internacional; y que el Estado nacional no es más que una de las estructuras sociales organizadas en las que podemos pensar, junto a ayuntamientos, comunidades autónomas, Estados federados, uniones de Estados (v. gr. UE), entre otras. Además, en torno al concepto de persona se discute si pueden ser sujetos pasivos los difuntos, el nasciturus o los animales. Del concepto de sociedad se diferencian, por un lado, colectivos humanos, asociados o no, que no responden a parámetros geográficos³ y, por otro lado, titulares de bienes jurídicos diferenciados de la comunidad humana pero estrechamente relacionados con ella, como la especie humana o el planeta.⁴ Por último, el reconocimiento de la comunidad internacional como sujeto pasivo adquiere un estatus ambiguo, a medio camino entre una modalidad del sujeto pasivo sociedad, y una variante de estructura política organizada más cercana al sujeto pasivo Estado.

Soy consciente de la riqueza e incertidumbre de contenidos referidos a lo que deba considerarse titular de un bien jurídico protegido, o sujeto pasivo. En este estudio voy a limitarme a reflexionar respecto a la problemática que plantea la protección penal de intereses que pueden adscribirse de algún modo a los que describiré más adelante como colectivos identitarios.

2. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS DEL INDIVIDUO, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

Para realizar la tarea antedicha es conveniente hacer unas breves consideraciones previas de las tres grandes categorías de portadores de bienes jurídicos, el individuo, la sociedad y el Estado,⁵ y los intereses tutelados que se suelen vincular a ellos.

³ Los mencionan Cerezo Mir, 2008, p. 376; Morillas Cueva, 2021, p. 451.

⁴ Sobre la progresiva ampliación del ámbito de los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal, abarcando nuevos sujetos de protección, véanse Roxin/Greco, 2020, pp. 62-64.

⁵ Dejaremos al margen todos los matices que acabamos de apuntar en la Introducción y que no son ahora objeto de nuestro análisis.

El individuo, la persona física, constituye la medida de todas las cosas. El respeto de su dignidad personal y el aseguramiento del libre desarrollo de su personalidad son el fundamento del orden social. A tales efectos, nos vienen inmediatamente a la mente una serie de intereses personales, reconocidos en algunos casos como derechos fundamentales o como derechos subjetivos, que han sido tradicionalmente objeto de tutela del derecho penal. Son intereses fácilmente identificables, y generalizables a todos los individuos. La vida, la integridad personal, la libertad en muchas de sus facetas, la seguridad personal, la intimidad y la propia imagen, el honor o el patrimonio son algunos de los más relevantes. Su respeto y garantía constituye el sustrato imprescindible para la autodeterminación y autorrealización personales.

La sociedad es la siguiente categoría de titulares de bienes jurídicos protegidos. Por ella se entiende una colectividad de individuos política y territorialmente organizada en torno a un Estado. Esa asociación política se funda en la mejor salvaguarda de intereses comunes a todos sus integrantes, los cuales constituyen el presupuesto de los intereses personales antes mencionados. Son por lo general intereses de naturaleza social, económica o cultural, cuya identificación es fruto de opciones valorativas escogidas por las mayorías sociales. La tutela penal de esos intereses colectivos ha experimentado un fuerte crecimiento en las últimas décadas, en contraste con la predominante atención a intereses individuales y estatales de los códigos penales tradicionales. El orden socioeconómico, las relaciones laborales, la fe pública, la ordenación del territorio y el medio ambiente, la salud pública, la seguridad del tráfico viario y otros intereses de seguridad colectiva, son algunos de esos intereses.

El Estado constituye la estructura territorial organizada, detentadora del poder público, que asegura el funcionamiento de la asociación política acabada de mencionar. Se configura como titular específico de bienes jurídicos penalmente tutelados porque la incolumidad y buen manejo de los órganos e instituciones que lo forman son imprescindibles para garantizar la obtención de las metas sociales e individuales ya aludidas. Son intereses organizacionales y funcionales de la estructura estatal, y su identificación se lleva a cabo a partir de las necesidades de buen gobierno socialmente reconocidas. Son un conjunto de intereses que, sin perjuicio de sus transformaciones, siempre han estado presentes en la legislación penal moderna. Podemos citar entre ellos la incolumidad de las instituciones del Estado, el aseguramiento del orden público, el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, el buen funcionamiento de la administración pública, de la hacienda pública, de la administración de justicia o de los partidos políticos, o la defensa del propio Estado frente a agresiones exteriores.⁶

⁶ En una situación algo ambigua, como ya hemos dicho, pero que sin duda va a fortalecer su autonomía con el paso del tiempo, se encuentra la comunidad internacional como titular de bienes juridicopenalmente protegidos. Entendida inicialmente como la estructura organizativa que regula las relaciones entre los Estados, con el paso del tiempo ha pasado a identificarse con la humanidad como especie o grupo de seres vivos. De acuerdo con esa doble consideración, sus intereses afectan,

3. LOS COLECTIVOS IDENTITARIOS COMO TITULARES DE BIENES JURÍDICOPENALMENTE PROTEGIDOS

Nos vamos a referir a continuación a determinados colectivos o grupos humanos que ocupan, en términos numéricos, una posición intermedia entre el individuo y la sociedad, y cuya especificidad reside en que sus individuos integrantes comparten alguna o algunas cualidades personales comunes, sin ser preciso que respondan a una adscripción geográfica.

3.1. Y vamos, en primer lugar, a plantearnos en qué medida tales colectivos son titulares autónomos de bienes jurídicopenalmente protegidos, distintos del individuo o de la sociedad.

El sentido de la decisión no es evidente, pues se ha de tener en cuenta que en la mayoría de las ocasiones parece que lo que se pretende tutelar no son unos intereses de grupo, distintos de los intereses de los individuos que lo componen. Más bien parece que se trata de proteger ciertos intereses individuales que, dado el estado precario en el que se encuentran, precisan de una sobreprotección penal.

En efecto, no hay muchas figuras delictivas en el código penal directamente dirigidas a la tutela de un interés específico, propio, de un colectivo o grupo humano en cuanto tal. Sin duda eso ocurre en el delito de genocidio, donde se protege la existencia, la perdurabilidad, de ciertos grupos humanos o de parte de ellos, al margen de los intereses individuales de sus miembros, también afectados. Ese interés o bien jurídico va referido a grupos humanos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o determinados por su discapacidad.⁷ Se trata, en todo caso, de unos colectivos cuya

por un lado, a las relaciones internacionales, tanto en tiempo de paz como de guerra, pero también a la pervivencia de diferentes grupos humanos o a la incolumidad de la población civil frente a agresiones a gran escala. Entre los primeros se encuentran el derecho de gentes, los derechos a respetar en caso de conflicto armado, y la seguridad marítima y aérea internacionales; además de la paz entre los Estados, interés este no recogido en los derechos penales nacionales, pero sí en el internacional. Entre los segundos, la destrucción total o parcial de determinados grupos humanos, y los ataques generalizados o sistemáticos a la población civil o a parte de ella por Estados u organizaciones paraestatales. Aunque el elenco de intereses protegidos, tal como ha sido identificado por las organizaciones internacionales, sigue estando por debajo de las necesidades existentes, ya goza de una tutela jurisdiccional autónoma a través de la Corte penal internacional y otros tribunales internacionales, sin perjuicio de los compromisos de protección adquiridos por los Estados. Véanse, entre otros, Gil Gil, 1999a, *passim*; Garrocho Salcedo/Otero González, 2019b, pp. 513 y ss.; Garrocho Salcedo, 2019a, pp. 547 y ss.; Liñán Lafuente, 2019, pp. 587 y ss.; Fernández Roderá, 2019, pp. 671 y ss.; Cabrera Martín, 2019, pp. 735 y ss.

⁷ Véanse, entre otros, Gil Gil, 1999a, pp. 139-170; De la Misma, 1999b, pp. 178-206; Garrocho Salcedo, 2019a, pp. 554-564.

Sobre la improcedencia de considerar que los delitos de lesa humanidad tutelan intereses específicos de un colectivo, la población civil o parte de ella, con profundas divergencias doctrinales, véanse Gil Gil, 1999b, pp. 113-127; Liñán Lafuente, 2019, pp. 630-633, 636-637. Sobre la consideración de los números 1 y 2 del segundo párrafo del art. 607 bis como meros ejemplos del ataque generalizado

identidad trasciende no solo a los individuos sino también a la sociedad o Estado nacionales. Del mismo modo, en el marco de una decisión políticocriminal muy controvertida, acerca de la que ahora no podemos detenernos, habría que estimar que en parte del delito discriminatorio del art. 510 se protegería el interés en la seguridad existencial de un amplio número de grupos sociales, seguridad existencial cuyos contornos irían más allá de la mera existencia o incolumidad de tales grupos.⁸

Los intereses en la veracidad de los medios publicitarios, la correcta facturación de bienes y servicios, y el normal abastecimiento del mercado, que caracterizan a los llamados delitos contra los consumidores, se consideran con frecuencia intereses específicos de un colectivo, justamente el de los consumidores. Pero, en realidad, ese colectivo se identifica con el conjunto de la sociedad, en cuanto que todos sus integrantes merecen ese calificativo de un modo u otro.⁹ Tampoco los denominados delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros protegen intereses específicos del colectivo de trabajadores extranjeros, en este caso porque resulta muy discutible que tales delitos protejan cualesquiera intereses individuales o colectivos, protegiendo más bien el interés estatal en el control de los flujos migratorios.¹⁰ Tampoco intereses propios de la familia, como colectivo específico, son protegidos en los delitos contra los derechos y deberes familiares, en los que se protege la seguridad personal de los individuos integrantes de ella, singularmente menores y discapacitados.¹¹ Y es el interés de la integridad moral de las personas traficadas lo

y sistemático a la población civil, véase Grupo de Estudios de Política Criminal, 2002, p. 44; Liñán Lafuente, 2019, pp.629-630.

⁸ Véanse por todos, en relación con unos delitos profundamente cuestionados, Landa Gorostiza, 2018, pp. 57-63; Portilla Contreras, 2016, pp. 385-387. El delito de asociaciones ilícitas del art. 515.4º se movería bajo las mismas coordenadas y, más dudosamente, el delito de denegación de prestación de servicios públicos a determinadas entidades societarias del art. 511.2.

Discutible es la identificación de un interés en la libertad del proceso de deliberación, referida a ciertos colectivos, en las amenazas con fines atemorizadores del art. 170.1. Véanse, en sentidos opuestos, Díez Ripollés, 1997a, pp. 806-807; Sánchez Tomás, 2021a, pp. 740-743. Dada la excesiva generalidad de los colectivos, y en consecuencia de los individuos a ellos pertenecientes, dejaremos este precepto fuera de nuestra consideración

⁹ Al igual que es la sociedad, y no el colectivo de intervinientes en el tráfico viario, el portador del bien jurídico de la seguridad del tráfico, y ella misma, y no el colectivo de personas necesitadas de medicación, el portador del bien jurídico de la salud pública referida a los delitos sobre medicamentos, entre otros ejemplos.

Sin embargo, consideran que se protegen intereses específicos de ese colectivo, Martínez-Buján Pérez, 2015, pp. 260-261, 290-295, 309, 319-320; Carrasco Andrino, 2011, pp. 577-578, 586-589, 599-600.

¹⁰ Véanse por todos, Portilla Contreras, 2011, pp. 938-939, 942-944; Martínez-Buján Pérez, 2015, pp. 896-898.

¹¹ Véanse Díez Ripollés, 2004a, pp. 1139-1145; Roca Agapito, 2021, pp. 1683-1684.

Asimismo, el carácter institucional de las confesiones religiosas hace que sea más procedente considerar el interés en una pacífica práctica de las actividades religiosa y de culto, aludido en el art. 523 del código penal, un bien jurídico del que es titular el Estado, y no las confesiones religiosas como grupo social.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

que se protege en el delito de trata de seres humanos, y no un interés específico del colectivo de personas traficadas.¹²

Por lo demás, en ciertos delitos, singularmente los denominados delitos discriminatorios,¹³ algunas opiniones ven una combinación de los intereses propios de individuos pertenecientes al grupo y los del propio grupo.¹⁴

Podemos reafirmarnos, por consiguiente, en que lo que realmente se protege en la mayoría de los casos en los que se alude a ciertos colectivos situados entre el individuo y la sociedad no son intereses autónomos de esos colectivos, sino intereses de individuos que poseen unas cualidades personales comunes que, al parecer, generan una necesidad de sobreprotección penal.¹⁵

3.2. Constatado esto, lo verdaderamente característico es el modo de atender a esa necesidad de sobreprotección penal de individuos con ciertas cualidades personales. Pues el legislador penal no considera necesario en la mayoría de estos supuestos que quede debidamente acreditada en la persona y caso concretos esa necesidad de sobreprotección, sino que parte de una presunción *iuris et de iure* de que ese individuo, por el mero hecho de poseer esa cualidad personal, precisa de esa tutela penal excepcional.

Y es por esta vía indirecta, en la medida en que esa protección penal específica, reforzada e idéntica se presta de manera general a todos los individuos que reúnen esa cualidad personal, que podemos decir que esa sobreprotección se dispensa a un colectivo diferenciado de personas, que trasciende al individuo, pero tiene una extensión menor que el conjunto de la sociedad. El colectivo no se identifica ni diferencia por sacar a la luz intereses nuevos, propios y distintos de aquellos de los individuos que lo constituyen,¹⁶ sino por agrupar a un conjunto de individuos que parecen necesitar una protección penal adicional de sus intereses individuales.

Esa necesidad de una excepcional protección de los intereses individuales de los integrantes de ciertos colectivos reside, formulándolo en términos generales, en que es frecuente, algunos dirán que inevitable, que los integrantes de esos grupos muestren una especial vulnerabilidad frente a ataques a determinados intereses o bienes individuales ya penalmente tutelados en todos los ciudadanos.¹⁷

¹² Véase por todos Pomares Cintas, 2021, pp. 1067-1069. No podemos incidir ahora en el debate sobre si es la integridad moral o la dignidad de la persona. Véanse entre otros, Villacampa Estiarte, 2011, pp. 378-409; Daunis Rodríguez, 2013, pp. 73-80.

¹³ Que incluirían al menos a los arts. 510, 511, 512 y 314.

¹⁴ Así, Lorenzo Copello, 2021, pp. 272-279; Daunis Rodríguez, 2021, pp. 295-299; Tapia Ballesteros, 2023, pp. 212-214, 217-218. Solo Lorenzo Copello, 2021, *ibidem*, introduce un bien jurídico adicional propio del conjunto de la sociedad, el modelo de convivencia plural y tolerante constitucional.

¹⁵ En el mismo sentido, Sandoval, 2023, pp. 93-94, 112-116; Moya Guillén, 2023, pp. 292-293, 298-306.

¹⁶ A salvo los casos mencionados en apartado anterior.

¹⁷ Respecto al concepto de vulnerabilidad, véase Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 21-33.

Ciertamente, esa vulnerabilidad se ha podido conceptualizar en torno a determinados bienes jurídicos individuales, como el derecho a no ser discriminado, la igualdad, o incluso la dignidad personal, que intentan identificar un específico desvalor de resultado, pero, a nuestros efectos, la vulnerabilidad de los individuos pertenecientes a esos grupos es la idea motriz, al menos la *ratio legis*, como no dejan de reconocer la mayoría de los que defienden esos bienes jurídicos individuales específicos.¹⁸

Naturalmente, como esas cualidades personales, y la vulnerabilidad que se vincula a ellas, no concurren en todos los ciudadanos, ni siquiera en la mayoría de ellos, resulta inadecuado demandar que esa sobreprotección se preste al conjunto de la sociedad. Queda circunscrita a unos colectivos intermedios, que se autonomizan en virtud de alguna cualidad personal común que poseen sus integrantes. En suma, se protegen de manera reforzada ciertos intereses individuales en la medida que sean titulares de ellos individuos pertenecientes a ciertos colectivos.

3.3. Como ya hemos reiterado, la mayoría de esos colectivos se identifican por cierta vulnerabilidad de sus integrantes, y no por ser portadores de intereses dignos de tutela penal propios y autónomos. Conviene, pues, que nos detengamos ahora en cómo se gestiona la especial vulnerabilidad de los individuos pertenecientes a esos colectivos.¹⁹

En la mayoría de los supuestos contemplados en nuestro código se procede a identificar de manera directa la cualidad personal del individuo que va a justificar la sobreprotección, por ejemplo, menor de edad o doméstico, y eso es suficiente para que se active la tutela reforzada.²⁰

En una minoría de casos²¹ se exige que la persona sea especialmente vulnerable, o se halle en una situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, o se esté abusando de esa situación vulnerable.²² Esta última técnica de mencionar expresa-

¹⁸ Véanse, entre otros, Moya Guillén, 2023, pp. 292-293, 298-306; Daunis Rodríguez, 2021, pp. 293, 295, 309; Laurenzo Copello, 2021, pp. 276-277, 280-282, con matices. Idea de vulnerabilidad que también se usa con frecuencia en relación con la protección de los colectivos en cuanto tales: entre otros, Landa Gorostiza, 2021, pp. 361, 367, 372; Moya Guillén, 2023, *ibidem*.

Claramente en contra de la idea de vulnerabilidad en los supuestos de género, Alonso Álamo, 2014, pp. 238-247; Pérez Machío, 2023, pp. 246, 254. También en supuestos de menores, Alonso Álamo, 2015, pp. 19-22. En relación con colectivos discriminados, Guardiola García, 2022, p. 133.

En todo caso, no podemos ahora ocuparnos del acierto en la identificación de esos bienes jurídicos individuales.

¹⁹ Véanse también otros análisis, sustancialmente coincidentes, del modo que nuestro código penal gestiona, en general, esa vulnerabilidad, en Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 49-57; Sánchez-Moraleda Vilches, 2023, pp. 182-202; Moya Guillén, 2023, pp. 306-311.

²⁰ Véanse también Blanco Cordero, 2023, pp. 124-150; Moya Guillén, 2023, pp. 312-313.

²¹ Según mis cuentas, 22 casos a fines de 2023.

²² Véase un análisis de los diferentes supuestos de especial vulnerabilidad, en Sandoval, 2023, pp. 94-106.

mente la vulnerabilidad de la víctima pudiera llevar a pensar que se tiene en mente al conjunto de los ciudadanos, pues cualquiera de ellos puede convertirse en un ser vulnerable o encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Si así ocurriera, en estos supuestos estaría fuera de lugar hablar de que se protege exclusivamente a individuos pertenecientes a un colectivo determinado. Sin embargo, una lectura atenta de las diferentes cláusulas de vulnerabilidad introducidas en el código muestra que en la mayoría de estos casos esa vulnerabilidad presupone una determinada cualidad personal,²³ o, al menos, un estado personal que restringe notablemente el ámbito de las personas a calificar como vulnerables.²⁴ Por lo demás, en los casos en que la especial vulnerabilidad presupone una cualidad o estado personal, se plantea la cuestión adicional de si la pertenencia al colectivo es suficiente para que se dé la agravación, o es preciso que la vulnerabilidad concorra en el caso concreto. La cuestión no es pacífica, en especial en la jurisprudencia.²⁵

La tutela reforzada se expresa por lo general atendiendo a la calidad de víctimas de los individuos pertenecientes a esos colectivos, en la mayor parte de las ocasiones mediante la creación de tipos o circunstancias agravados de un tipo básico, aunque también existe un número significativo de casos en que se expresa mediante la creación de tipos básicos. A veces ese individuo no es en primer plano la víctima del delito, pero la sobreprotección, generalmente mediante agravaciones de un tipo básico, se vincula a ser utilizado en la comisión del delito o al mero hecho de estar presente. Y hay más mecanismos de exasperación de la protección, como eximentes que no benefician al autor si la víctima pertenece a esos colectivos o que benefician a esas víctimas, penas accesorias que pasan excepcionalmente a ser obligatorias, prolongación de los plazos de la prescripción de delitos, entre otros.²⁶

²³ Arts. 140.1, 156 bis 4.b, 172 ter 1.4ª, 177 bis 4.b, 180.1.3ª, 181.5.c, 184.4, 188.3.a, 189.2, 268.

²⁴ Sometidas a custodia o guarda en centro público o privado (arts. 57.2, 173.2), conviviente del autor del delito (arts. 148.5, 153, 171.4 p.2, 172.2 p.2). Incluso, extendiendo algo más el concepto, en un contexto de trata de seres humanos (arts. 177 bis 1, 177 bis 4.c) o de explotación sexual (arts. 187.1 p. 2.a, 607 bis 9º p.2). Con todo, se refieren claramente a la vulnerabilidad de cualquier ciudadano, los arts. 178.2, 187.1, 340 bis 2.e, 362 quater 2ª b. Además, introducen, junto a referencias a integrantes de ciertos colectivos, una cláusula residual referida a cualesquiera ciudadanos vulnerables por su situación o por cualquier otra circunstancia, según los casos, los arts. 156 bis 4.b, 172 ter 1. 4ª, 177 bis 4.b, 180.1 3ª, 181.5.c, 188.3.a.

²⁵ Véanse, con referencias jurisprudenciales: respecto a ancianos, Sánchez-Moraleda Vilches, 2023, pp. 187-200, 202; respecto a la edad o discapacidad, Gutiérrez Pérez, 2023, pp. 227-242; en relación con preceptos procesales, Durán Silva, 2023, pp. 276-277; en términos generales, Moya Guillén, 2023, pp. 288-297.

²⁶ Dejo fuera de consideración de este estudio la agravante genérica de discriminación del art. 22.4ª. Creada por LO 4/1995, de 11 de mayo, limitada a la comisión de delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, étnicos, nacionales, ideológicos, religiosos o de creencias, el nuevo código penal extendió su apreciación a cualquier delito cometido por esos u otros motivos adicionales, los cuales se siguen incrementando por LLO 5/2010, de 22 de junio, 1/2015, de 30 de

3.4. No es intención de este trabajo enumerar, y menos analizar aisladamente, las previsiones legales en las que se llevan a cabo las decisiones legislativas acabadas de mencionar. Otros colegas han dado ya una visión completa de ellas²⁷ o se han centrado con detenimiento en alguna o algunas de ellas. Con todo, sí que me gustaría hacer un análisis evolutivo de cómo se han ido afianzando o surgiendo en la legislación penal en los últimos casi 50 años desde la instauración de la democracia los diversos colectivos a cuyos integrantes se les dispensa una protección penal reforzada.²⁸ A tales efectos, dividiremos el tiempo transcurrido en cuatro grandes periodos y un hecho relevante, dentro de los cuales nos referiremos a los diversos colectivos.²⁹

3.4.1. El periodo que va de 1976 a 1982 abarca la transición política de la dictadura a la democracia. Las reformas penales están motivadas en gran medida por

marzo, 8/2021, de 4 de junio y 6/2022, de 12 de julio. Sigo pensando que esta agravante exige la concurrencia de ciertos motivos como impulsores predominantes de la comisión de cualquier delito, y se funda en el aumento de la reprochabilidad (culpabilidad) del sujeto que realiza la conducta, dado su concreto proceso de motivación, y no en el incremento del injusto que supuestamente se daría en cualquier delito al ser el afectado un integrante de los colectivos discriminados mencionados. Ya en ese sentido, Díez Ripollés, 2020a, pp. 530-533, con referencias doctrinales adicionales. Véanse dos interpretaciones en sentido contrario en Laurenzo Copello, 1996, pp. 274-286; Guardiola García, 2022, pp. 125-137, 139-140, 150. Aunque no puedo ocuparme aquí con más detenimiento de este asunto, esta interpretación se ve confirmada, en mi opinión, tras pasar a ser irrelevante, desde 2021, la efectiva concurrencia, en la víctima del comportamiento, de la cualidad personal común a los integrantes del colectivo discriminado, así como al ampliarse de manera continua y poco creíble los colectivos discriminados. Toman nota de estos argumentos, Cisneros Ávila, 2023, pp. 771-776; Laurenzo Copello, 2021, pp. 280-281.

Proponen salvar la interpretación aquí criticada en los supuestos de “por razones de género”, Alonso Álamo, 2020, pp. 359 y ss.; Pérez Machío, 2023, pp. 259-260.

²⁷ En ese sentido, véanse en especial las exhaustivas referencias hasta la LO 8/2021, de 4 de junio, en de la Mata Barranco, (2022), *passim*.

²⁸ Sin duda antes de esa fecha ya existían decisiones legislativas penales en ese sentido, pero la profunda renovación que tuvo la legislación penal desde 1977, como consecuencia de la instauración de la democracia, aconseja partir de ese momento. Por lo demás, esas decisiones legislativas previas van necesariamente a ser aludidas al referirnos a las profundas transformaciones penales que van a tener lugar tras esa fecha.

²⁹ El análisis que sigue se limita a previsiones de derecho penal material, sin incluir las de naturaleza procesal penal, aunque algunas previsiones procesales, como el carácter semiprivado del delito, la admisión del perdón o la prescripción del delito, dada la estrecha relación normativa que guardan con el derecho penal sustantivo, sí se incluyen. Además, en el derecho penal sustantivo me ocupé únicamente de las previsiones que tienen que ver con los contenidos de tutela y el sistema de responsabilidad, sin considerar las que afectan al sistema de sanciones o su ejecución. Sin duda, ambas limitaciones restringen sustancialmente la panorámica a obtener del incremento que ha experimentado la sobreprotección penal de las personas integrantes de los colectivos objeto de estudio. Y aún quedaría pendiente el estudio de las cada vez más abundantes prácticas judiciales, singularmente en la prueba de los hechos, que atienden a la pertenencia de la víctima a cierto colectivo. Un análisis crítico, muy ilustrativo, de la llamada perspectiva de género en este ámbito, en Ramírez Ortiz, 2019, pp.147-215.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

la necesidad de acomodar nuestra legislación penal a una estructura política y una convivencia democráticas.

Una línea de avance políticocriminal relevante es el proceso despenalizador registrado en el ámbito de comportamientos delictivos relacionados con la moral o costumbres sociales, en especial, los delitos sexuales. Se pretende emancipar a los ciudadanos de coerciones morales superadas, que les privan de su libertad individual. Y ello repercute en el asunto que nos ocupa.

Así, desaparece la exigencia de que la *mujer* víctima en estos delitos deba poseer ciertas cualidades morales para ser protegida.³⁰ Por lo que se refiere a los *menores*, se amplía la eficacia de su consentimiento en estas figuras: en lo que respecta al estupro y a los abusos deshonestos, el consentimiento del menor pasa a ser eficaz a partir de los 12 años, y no, como hasta entonces, de los 16 años, y los límites máximos de protección frente a un consentimiento viciado se reducen de los 23 años a los 18, en ocasiones a los 16. Por lo demás, el rapto con fines sexuales consentido pasa a penarse solo si el menor no alcanza los 12 años, en lugar de los 23 años precedentes. Y el perdón de la víctima por el delito sexual sufrido se puede dar desde los 18 años, y ya no solo desde los 23 años. También se deroga el estado peligroso³¹ del menor de 16 a 21 años, abandonado por la familia o rebelde a ella, moralmente pervertido. Relevante para los integrantes de ambos colectivos, entre otras personas, es que se elimina la posibilidad de que el cónyuge o el hermano de la víctima puedan denunciar el delito sexual sufrido.

Respecto a *enfermos y deficientes mentales*, se les deja de considerar sometidos a la ley de Peligrosidad y rehabilitación social cuando, estando abandonados o carentes de tratamiento, fueran peligrosos.

Asimismo, se deroga el estado peligroso de *homosexualidad*, aunque se mantiene el estado peligroso de los que de modo habitual o lucrativo *facilitan la entrada o salida del país* a quienes no se hallen autorizados para ello.³²

3.4.2. En el periodo siguiente, que va de 1982 a 1996, se consolida el sistema democrático y se crea la sociedad del bienestar españoles, bajo mayoría parlamentaria socialista. Es un tiempo de numerosas reformas penales, que están marcadas por su urgencia, ya que se viven en gran medida como un anticipo de la gran reforma penal que tendrá lugar al final del periodo con la aprobación del nuevo código penal de 1995.

³⁰ Pensando adicionalmente en un tratamiento igualitario entre los sexos, se hace posible que la mujer pueda ser sujeto activo en los delitos de estupro y rapto, al igual que el hombre sujeto pasivo. Y, al derogarse los delitos de adulterio y amancebamiento, queda sin objeto el que la mujer casada estuviera menos protegida que el hombre casado.

³¹ La ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 1970, progresivamente en desuso, sigue vigente hasta la aprobación del código penal de 1995.

³² Véanse LL 22/1978, de 26 de mayo, 46/1978, de 7 de octubre, 77/1978, de 26 de diciembre.

- La tendencia a eliminar del código penal coerciones morales socialmente superadas, que privan a los ciudadanos del ejercicio de sus libertades individuales, persiste. En lo que a nosotros nos interesa se puede destacar lo siguiente:

Por lo que se refiere, principalmente, a la *mujer* es relevante la admisión de supuestos legales de aborto, mediante el sistema de las indicaciones; además, se elimina el perdón presunto por medio del matrimonio con el ofensor, previsto en algunos delitos sexuales. En cuanto a los *menores*, desaparece el privilegio fundado en el ejercicio excesivo del derecho de corrección sobre los hijos, que permitía a los padres evitar un relevante supuesto agravado de lesiones graves; el límite de edad superior de la tutela reforzada frente a su prostitución se rebaja de los 23 a los 18 años. Por lo que se refiere a los *incapaces*, se admite, en determinadas condiciones, la validez del consentimiento del representante legal de la persona incapaz con grave deficiencia psíquica para la práctica de su esterilización.³³ Asimismo, en relación con *enfermos mentales*, en el correspondiente supuesto de violación ya no basta con que la víctima esté privada de razón, sino que es preciso que se abuse de su enajenación. Por último, se otorga validez al consentimiento en las lesiones para la práctica de cirugía *transexual*.

Todas estas reformas se llevan a cabo en un contexto de reforma, por un lado, de los delitos sexuales, que pasan a proteger la libertad sexual en lugar de la honestidad, y, por otro lado, de introducción de la relevancia del consentimiento en las lesiones en contextos no estrictamente terapéuticos.³⁴

- Otra línea políticocriminal, de menor entidad, pretende asegurar un trato igualitario entre los sexos, lo que lleva a eliminar ciertos privilegios, mayoritariamente femeninos. Así, se deroga la agravante de respeto debido al sexo, generalmente solo aplicada a la mujer víctima; se extiende a la violación la decisión, ya adoptada en el periodo anterior en los delitos de estupro y rapto,³⁵ de que la mujer pueda ser sujeto activo de estos delitos, al igual que el hombre sujeto pasivo; y se amplía la falta de explotación laboral en la vía pública de menores mujeres, abarcando también a menores hombres.³⁶ En sentido opuesto, se elimina el privilegio masculino apreciable en las faltas de maltrato entre cónyuges.³⁷

³³ La decisión legislativa, aunque no se señala explícitamente en el Preámbulo, estuvo inspirada en facilitar el ejercicio de la sexualidad por la persona incapaz psíquica grave evitando consecuencias, inasumibles para ella o su familia, derivadas del embarazo. En consecuencia, tiene también un fuerte componente de protección, sobre todo, de la mujer, aunque también de los familiares de la persona incapaz.

³⁴ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 9/1985, de 5 de julio, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

³⁵ Véase *supra*.

³⁶ También se elimina la pena de presidio, reservada solo a los hombres, aunque ciertamente hacía tiempo que había dejado de implicar un tratamiento penitenciario más grave.

³⁷ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

- Especialmente relevante a nuestros efectos es que en este periodo podemos apreciar por primera vez una decidida política criminal de sobreprotección de los intereses individuales de integrantes de ciertos colectivos considerados vulnerables. La idea de asegurar la igualdad de todos los miembros de la sociedad está muy presente.

Así, aparecen una serie de figuras delictivas que pretenden una tutela reforzada de intereses individuales de integrantes de *colectivos discriminados* por muy diversas razones (origen, sexo, situación familiar, etnia, raza, nación, religión, ideología, afiliación política o sindical): se crea a tales efectos el delito de denegación de prestación de servicio público, el de provocación o incitación directa a la discriminación de los integrantes de tales grupos, y el de asociación ilícita para promover o incitar la discriminación racial.³⁸

Pensando en la mejor protección de los intereses de la víctima, generalmente *mujer*, se restringe y finalmente elimina la eficacia eximente del perdón de la víctima en los delitos sexuales que lo tenían previsto.³⁹ En cuanto a los *menores*, se crean los delitos de ejecución de actos lúbricos o de exhibicionismo ante, o de difusión de pornografía entre, menores de 16 años,⁴⁰ se crea, dentro del delito de abandono de niños, el delito de utilización y tráfico de menores de 16 años para mendicidad,⁴¹ se crean supuestos agravados en los delitos de drogas por facilitarlas a menores de 18 años o por utilizar a menores de 16 en la ejecución del delito, y se crea la falta de maltrato de palabra y de obra a hijos menores; también se restringe y finalmente elimina la posibilidad de que el representante legal del menor otorgue el perdón en los delitos sexuales que lo tenían previsto.⁴² Los *incapaces* pasan a recibir cada vez con más frecuencia la sobreprotección que se otorga a los menores. Así, aludidos como deficientes mentales o disminuidos psíquicos, son víctimas específicas, junto a los menores, de los nuevos delitos de ejecución de actos lúbricos, exhibicionismo y difusión de pornografía, o del supuesto agravado de facilitación de drogas en los delitos de drogas, y, en cuanto incapaces, se añaden al régimen de restricción y luego eliminación de la posibilidad de que su representante legal otorgue el perdón en los delitos sexuales; asimismo, se añaden

³⁸ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 4/1995, de 11 de mayo.

Sobre la simultánea protección directa de intereses propios de los colectivos, véase *supra* apartado 3.1.

³⁹ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

⁴⁰ En contrapartida a la desaparición de los delitos de escándalo público y de doctrinas contrarias a la moral pública, y sus correspondientes faltas.

⁴¹ Lo que incluye la simplificación, pero no eliminación, de las diversas faltas de aprovechamiento lucrativo de actividades de menores, sin perjuicio de lo previsto en el nuevo delito.

⁴² Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 1/1988, de 24 de marzo, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio, 8/1992, de 23 de diciembre.

a los menores entre los beneficiados por la actuación de oficio del ministerio fiscal en los delitos sexuales.⁴³

Un nuevo colectivo vulnerable que demanda la sobreprotección de sus individuos integrantes aparece en estos años, el *círculo doméstico*. A estos efectos, se introduce el delito de violencia física habitual doméstica, la falta agravada de maltrato de obra doméstico, y el delito de impago de pensiones. De igual modo, se restringe la eficacia del perdón en el delito de abandono de familia.⁴⁴

3.4.3. Un apartado propio merece el análisis del nuevo código penal de 1995, que se aprueba al final del periodo acabado de analizar, y que constituye un parteaguas político-criminal de naturaleza secular. En efecto, es el primer código penal con una estructura nueva que se aprueba desde la lejana fecha de 1848, salvo la breve vigencia del código penal de 1928.

Pudiera pensarse que la nueva estructura del código penal hace imposible seguir con el análisis evolutivo que hasta ahora hemos hecho de la tutela reforzada de los intereses individuales de los integrantes de colectivos identitarios. Sin embargo, como dijimos un poco más arriba, buena parte de las reformas que anteceden en el periodo democrático a la aprobación del nuevo código penal son anticipaciones de lo que luego se va a plasmar en él, por lo que estamos en condiciones, con algunas salvedades, de registrar las novedades respecto a la situación anterior.

La protección de los intereses de los individuos integrantes de *colectivos discriminados* por diversas razones registra novedades importantes. Ante todo, las razones discriminatorias se amplían, pero de manera desigual, pues aparecen o desaparecen algunas de ellas en las diversas figuras delictivas de manera poco comprensible. A las ya aludidas en el apartado anterior se añaden, según los casos, creencias, salud, vida sexual, orientación sexual, enfermedad, minusvalía, uso de ciertas lenguas, representación legal o sindical de trabajadores, parentesco con otros trabajadores. En ese contexto, se crean dos nuevas figuras delictivas: un nuevo delito de discriminación en el empleo y otro de negación de prestación de actividades empresariales o profesionales por razones discriminatorias. Además, el delito de asociaciones ilícitas promotoras de la discriminación racial se amplía a las que promuevan la discriminación, odio o violencia por alguna de las razones discriminatorias ya indicadas.⁴⁵ En sentido diferente, el delito ya existente de provocación a la discriminación, aunque extiende su ámbito a la provocación al odio o la violencia, y añade una nueva figura

⁴³ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 1/1988, de 24 de marzo, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

⁴⁴ Véanse LL00 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

⁴⁵ También se incluye un tipo agravado en el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando se afecte a datos personales referidos a esas mismas razones discriminatorias —art. 197.5— y, entre las numerosas variantes de delitos en caso de conflicto armado, se incluyen las prácticas de segregación racial o por otras distinciones desfavorables, referidas a las personas —art. 617.2 p.2—.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

de difusión de informaciones injuriosas, pasa a tener como víctimas exclusivamente a los grupos, y ya no a las personas integrantes de ellos;⁴⁶ en ese contexto, por primera vez se identifica expresamente un determinado *colectivo*, el *judío*.

Uno de los colectivos que va a registrar más cambios en el nuevo código es el de los *menores de edad* y, en estrecha relación con ellos, el de los *incapaces*, cuya protección se va a vincular, cada vez con más frecuencia, a la de los primeros. En los delitos sexuales, pese a su renovada estructura, cabe destacar como cambios significativos, por un lado, el traslado de las víctimas menores de edad o incapaces del primer nivel de protección al segundo en los delitos sexuales más característicos,⁴⁷ así como la desaparición del delito de corrupción de menores. En contrapartida, se crea el delito de utilización de menores e incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se eleva de los 16 a los 18 años la protección de los menores en los delitos, ahora, de exhibición obscena y difusión de pornografía, y se introduce en los delitos de agresión sexual, y de abuso sexual con penetración, una agravante por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de edad. Además, los incapaces pasan a tener en la prostitución la misma protección reforzada que los menores. Se crea, además, un capítulo respecto a los derechos y deberes familiares cuya tutela de menores, y ahora también incapaces, supera ampliamente a la que antes se prestaba a través de los delitos de sustracción de menores y abandono de familia y niños; con todo, se ha de destacar que desaparece el delito de sustracción de menores *stricto sensu*. En ciertos delitos la cualidad de menor o incapaz da lugar a un supuesto agravado,⁴⁸ y ambos colectivos son excluidos del limitado reconocimiento del consentimiento en los delitos de lesiones que se introduce.

La *mujer* resulta específicamente protegida en el delito de reproducción asistida sin su consentimiento, así como en alguna figura de los nuevos delitos contra personas o bienes en caso de conflicto armado.⁴⁹ Pocas novedades registra el nuevo código en la protección del *círculo doméstico*, solo una ampliación de los sujetos pasivos en la falta de maltrato específica.⁵⁰

⁴⁶ Por el contrario, los otros delitos más arriba mencionados, y el ya existente de negación de prestación de un servicio público —art. 511—, siguen incluyendo a integrantes del grupo.

⁴⁷ Lo que eran conductas de violación y no de estupro, pasan a ser conductas de abuso sexual y no de agresión sexual.

⁴⁸ Es lo que sucede en lesiones —art. 148.3º—, detención y secuestro —art. 165—, y descubrimiento y revelación de secretos —art. 197.5—.

Por lo demás, los niños son específicamente mencionados en alguna de las figuras de delitos contra personas o bienes en caso de conflicto armado —art. 612.3º—, y el abandono de instrumentos peligrosos en lugares frecuentados por menores constituye una falta del art. 630. Véase también *infra*, sobre los delitos semiprivados.

⁴⁹ Véanse arts. 162 y 612.3º.

⁵⁰ Véase art. 617.2, p. 2.

3.4.4. Tras un breve periodo de inactividad,⁵¹ en 1998 se inician las reformas penales al flamante nuevo código penal, en un periodo que vamos a poner fin en 2011. Es un periodo marcado por la alternancia en el gobierno y en la mayoría parlamentaria de los dos partidos políticos predominantes, PP y PSOE, con mandatos de duración equivalente. Esos años registran, sorprendentemente dada la juventud del código, una intensa actividad legiferante, que está fuertemente impulsada por el deseo de ampliar y endurecer la intervención penal.

- En cuanto a los asuntos que a nosotros nos preocupan, una novedad muy significativa es que se revierte la tendencia a desembarazar el código penal de referencias morales, que limitan el ejercicio de libertades individuales. Ese no es, ciertamente, el caso de una reforma significativa, especialmente afectante a la *mujer*, que transforma el sistema de indicaciones del aborto legalmente permitido en un sistema mixto de plazos con indicaciones, en la que además se reconoce la validez del consentimiento de la embarazada de 16 a 17 años bajo ciertas condiciones.⁵² Pero sí lo son otras, también de predominante afección femenina, por las que se establece un concurso real de delitos entre el delito de prostitución de adultos y los concretos agresiones y abusos sexuales producidos, y se pasa a castigar el rufianismo y proxenetismo consentidos.⁵³

Y es que justamente en los delitos sexuales se registra en todo el periodo una recuperación de la moral sexual como objeto de tutela, con un especial énfasis en la protección de *menores e incapaces*, en un contexto de ampliación de figuras delictivas y desproporcionada elevación de penas. Estos delitos pasan a proteger, además de la libertad sexual, la indemnidad sexual. Se reintroduce el delito de corrupción de menores, ahora extendido a incapaces.⁵⁴ Si atendemos a las agresiones y abusos sexuales, se comienza elevando la edad del consentimiento sexual de los 12 a los 13 años, incluyendo además en las agresiones una agravación obligatoria si la víctima es menor de 13 años.⁵⁵ Más adelante se decide agrupar en un capítulo específico todos los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años, pasando a ser la protección de su indemnidad sexual el punto de referencia, y se crea un tipo agravado común para esas agresiones y abusos sexuales que supone un generalizado aumento de las circunstancias agravatorias.⁵⁶

⁵¹ Solo hay un par de reformas penitenciarias, aunque relevantes: LO 13/1995, de 28 de diciembre y RD 190/1996, de 9 de febrero.

⁵² LO 2/2010, de 3 de marzo.

⁵³ LL00 11/1999, de 30 de abril, 11/2003, de 29 de septiembre.

⁵⁴ LO 11/1999, de 30 de abril.

⁵⁵ LO 11/1999, de 30 de abril.

⁵⁶ Entre ellas, la de total indefensión del menor por su escaso desarrollo intelectual y físico, y la de no tener el menor más de 4 años. La autonomía de estas figuras supone eliminar la agravante de menor de 13 años en las agresiones y abusos sexuales genéricos. LO 5/2010, de 22 de junio.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

Se introducen, además, dos nuevos delitos referidos a menores e incapaces, el de acercamiento sexual a menores, y el de solicitud, aceptación u obtención de relación sexual con menor de 18 años o incapaz a cambio de remuneración o promesa.⁵⁷ Todos los delitos de prostitución de menores o incapaces se convierten en agravados o hiperagravados si la víctima es menor de 13 años, y se prevé un concurso de delitos entre los delitos sexuales concretos ejecutados sobre menores de 18 años o incapaces prostituidos, o que consienten una relación sexual por remuneración o promesa, y los delitos de prostitución correspondientes.

El delito de utilización de menores e incapaces en espectáculos exhibicionistas y pornográficos experimenta sucesivas ampliaciones: se extiende también a la elaboración de material pornográfico; se penan muy diversas conductas relacionadas con su financiación y tráfico; se castiga la posesión para propio uso de pornografía infantil o con incapaces; el concepto de este tipo de pornografía pasa a abarcar supuestos virtuales, en los que no se ha utilizado directamente a esos menores e incapaces; y se introducen diversas agravaciones, entre otras, si la edad del menor es inferior a los 13 años.⁵⁸

También la cualidad de *persona especialmente vulnerable* por razón de edad, que acaba extendiéndose también a la discapacidad, da lugar a nuevas agravaciones en los tipos de agresiones, abusos y acoso sexuales.⁵⁹

- La protección de los intereses individuales de integrantes de colectivos identitarios se expande sustancialmente en este periodo.

Por lo que se refiere a *colectivos discriminados*, se introduce un nuevo supuesto básico de tortura cuando se haga por cualquier razón discriminatoria; y en los nuevos delitos de lesa humanidad se introduce como un supuesto ejemplificativo que el ataque sistemático o generalizado se haga por la pertenencia de la víctima a ciertos colectivos discriminados por diversas razones, entre los que se incluyen, como novedad, los políticos, culturales o de género, más tarde también los de discapacitados, además de una cláusula de cierre genérica.⁶⁰

La tutela del *colectivo doméstico* registra una persistente ampliación de las conductas típicas a lo largo de todo el periodo. El delito de violencia doméstica habitual será trasladado desde los delitos de lesiones a los delitos contra la integridad moral, y experimentará sucesivas ampliaciones de los sujetos pasivos, que pasarán a ser intercambiables a la hora de determinar la habitualidad del comportamiento, y que terminarán excediendo propiamente el colectivo doméstico. En cuanto a las conductas típicas, se incluirá la violencia psíquica y se crea un tipo agravado. Se

⁵⁷ LO 5/2010, de 22 de junio.

⁵⁸ LL00 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

⁵⁹ L000 11/1999, de 30 de abril, 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁰ L000 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

prevé igualmente un concurso real con los delitos o faltas cometidos durante esos episodios de violencia.⁶¹ Al inicio del periodo se agravan las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves a víctimas domésticas, pero, a su final, parte de esas amenazas, al igual que las faltas de lesiones o malos tratos domésticos pasan a constituir delitos menos graves.⁶² Y la vis expansiva del colectivo doméstico logra que, en los tipos protectores de la mujer pareja que a continuación vemos, se coloque en el mismo plano la tutela de personas especialmente vulnerables que, sin ser o haber sido mujer pareja, convivan con el autor.⁶³

La protección de la mujer, en su cualidad de *mujer pareja*, se autonomiza del ámbito doméstico bajo el concepto de violencia de género. A tales efectos, si la víctima es la mujer pareja, aun sin convivencia, se agrava el delito de lesiones genéricas, y se crean para la misma víctima delitos autónomos de malos tratos o lesiones leves, amenazas y coacciones leves, en los cuales se prevé también el tipo agravado introducido previamente en el delito de violencia doméstica habitual.⁶⁴ Por otro lado, surge ya la primera referencia al género como razón discriminatoria, que se entiende especialmente referida al femenino.⁶⁵

Los integrantes del colectivo de *menores de edad* reciben tutela reforzada más allá de los delitos sexuales, como vamos a ver. En el ámbito de los delitos contra los derechos y deberes familiares, se recupera el delito de sustracción de menores y, en relación con las infracciones al régimen de custodia o a las obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial, se crea un nuevo delito y dos faltas. Se establece que el nuevo delito de trata de personas se dará en todo caso si la víctima es menor de 18 años, al margen de los medios comisivos utilizados. Y en las conductas típicas de los delitos en caso de conflicto armado se incluye el reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 18 años.⁶⁶

Además, en muy diversos tipos que no tienen como específico sujeto de protección a los menores se procede a introducir agravaciones si la víctima es un menor,⁶⁷

⁶¹ Concurso ya previsto, de manera menos técnica, en el nuevo código penal.

⁶² En ellos se incluye también el tipo agravado de la violencia doméstica habitual.

⁶³ Eso sucede en los delitos de lesiones genéricas, de lesiones leves y malos tratos, y de amenazas y coacciones leves. LLOO 14/1999, de 9 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 1/2004, de 28 de diciembre.

⁶⁴ LO 1/2004, de 28 de diciembre.

⁶⁵ Véase *supra*, párrafo sobre colectivos discriminados.

Cabe mencionar igualmente la superflua, por ya punible, introducción del delito de mutilación genital, pensado fundamentalmente para víctimas mujeres (LO 11/2003, de 29 de septiembre). Sobre esta figura, véase *infra* al tratar la introducción del delito de matrimonio forzado.

⁶⁶ LLOO 9/2002, de 10 de diciembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁷ Trata de personas con fines de explotación sexual, luego delito más amplio de trata de seres humanos, tráfico ilegal internacional de personas, dopaje en el deporte, conductas de prostitución y

Los colectivos identitarios y la tutela penal

también si se les utiliza para la comisión del delito,⁶⁸ o incluso si están meramente presentes en la comisión de delito.⁶⁹ Por último, se aplaza el inicio del cómputo de la prescripción de algunos delitos contra las personas en los que las víctimas son menores, al momento de su mayoría de edad o fallecimiento.⁷⁰

Los integrantes del colectivo de *incapaces*, desde 2010 denominados cada vez con más frecuencia *discapacitados*, también son objeto de especial atención al margen de los delitos sexuales. A semejanza de los menores, se introducen agravaciones en tipos que no tienen a los discapacitados como sujeto específico de protección si la víctima tiene tal cualidad.⁷¹

Cabe hablar del surgimiento de un nuevo colectivo cuyos integrantes merecen especial protección, las *personas traficadas*. El proceso se inicia con la introducción de un supuesto básico en los delitos de prostitución que castiga la trata de personas con fines de explotación sexual. Un poco más tarde, además de agravarse la pena del ya existente delito de tráfico de mano de obra, se crea un nuevo delito que castiga el tráfico internacional de personas.⁷² A los pocos años este delito acoge en su seno al de trata con fines de explotación sexual,⁷³ a la vez que amplía las conductas del tipo básico, incrementa los tipos agravados y aparece una agravación de segundo grado.⁷⁴ En 2010 se crea el delito de trata de seres humanos, diferenciado del anterior: Su finalidad ha de ser la explotación de las personas traficadas, y se establece innecesariamente que, dados los medios comisivos incluidos —violencia, intimidación, engaño, o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad— el consentimiento de la víctima mayor de edad es irrelevante. Se crea además una eximente respecto a las conductas delictivas proporcionales realizadas por la víctima mientras se encuentra sujeta a las circunstancias de explotación. El

traslado para explotación sexual en los delitos de lesa humanidad. LL00 11/1999, de 30 de abril, 4/2000, de 11 de enero, 15/2003, de 25 de noviembre, 7/2006, de 21 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁸ Hurto, delitos contra la propiedad intelectual o industrial. LL00 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁹ Violencia doméstica habitual, malos tratos o lesiones leves domésticas y contra mujer pareja, amenazas leves domésticas y contra mujer pareja; coacciones leves contra mujer pareja. LL00 11/2003, de 29 de septiembre, 1/2004, de 28 de diciembre.

⁷⁰ LL00 11/1999, de 30 de abril, 14/1999, de 9 de junio.

⁷¹ Trata de personas con fines de explotación sexual, luego delito más amplio de trata de seres humanos; tráfico ilegal internacional de personas; conductas de prostitución y traslado para explotación sexual en los delitos de lesa humanidad. LL00 11/1999, de 30 de abril, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

⁷² LL00 11/1999, de 30 de abril, 4/2000, de 11 de enero. También se incluye en la última ley, pero se deroga por LO 15/2003, de 25 de noviembre, un supuesto de asociaciones ilícitas de promoción del tráfico ilegal de personas.

⁷³ Luego se incluirá en el delito de trata de seres humanos. LO 5/2010, de 22 de junio.

⁷⁴ LL00 11/2003, de 29 de septiembre, 13/2007, de 19 de noviembre.

delito de tráfico internacional de personas se prevé que entre en concurso real con el de trata.⁷⁵

3.4.5. El último periodo por considerar se extiende de 2011 hasta fines de 2023. Es un periodo que comienza y termina con estabilidad parlamentaria, protagonizada, respectivamente, por el partido conservador PP, y por una coalición parlamentaria de izquierdas PSOE-Podemos. Entremedio se da una etapa políticamente inestable de cuatro años, en la que el partido conservador y el partido socialista se suceden en la conducción de país. En total, hasta mediados de 2018 el protagonismo corresponde a la mayoría conservadora, y desde entonces hasta el final del periodo a la mayoría de izquierda.

La actividad reformadora del derecho penal no se detiene, más bien al contrario, y sigue fuertemente influida por el rigorismo penal, presente en ambas corrientes políticas mayoritarias, a lo que se añade una cada vez mayor tendencia hacia la tutela identitaria.

En este último sentido, si atendemos a *colectivos discriminados*, el delito genérico de discriminación experimenta en 2015 una profunda transformación. Ante todo, deja de proteger solo a grupos, para, de nuevo, proteger además a personas individuales por su pertenencia a ellos. Por otra parte, se amplían los motivos discriminatorios a la identidad sexual y el género; se añade entre las emociones a suscitar la de hostilidad; y se procede a una generalizada ampliación de las conductas típicas, que permite que los dos tipos básicos originales den ahora lugar a una compleja estructura típica con cinco tipos básicos y al menos tres tipos agravados, entre otras previsiones.⁷⁶ Por otra parte, en 2022 se añade como segundo colectivo expresamente identificado como discriminado al *colectivo gitano*.⁷⁷ Asimismo, en los delitos de denegación de prestación de servicios públicos, o de prestaciones profesionales o empresariales, se añade en 2015 y 2021, y en el delito de discriminación en el empleo en 2021, la pertenencia de la persona a nuevos colectivos discriminados por edad, identidad sexual, género, aporofobia y exclusión social.⁷⁸ Igualmente, en el delito de asociaciones ilícitas con fines discriminatorios se amplían las emociones que puede suscitar, las conductas típicas, y se añaden los mismos colectivos a los que puede pertenecer la persona víctima que en los supuestos anteriores.⁷⁹

⁷⁵ En la Exposición de motivos de la ley se afirma que mientras el primero protege los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, el segundo protege la dignidad y libertad de las personas afectadas. LO 5/2010, de 22 de junio.

⁷⁶ LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁷⁷ Se añade así al colectivo judío, ya presente desde 1995. LO 6/2022, de 12 de julio.

⁷⁸ LL00 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

⁷⁹ LL00 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio. Todavía la LO 10/2022, de 6 de septiembre, añadirá en el delito de abuso de autoridad discriminatorio, del código penal militar, la discriminación por identidad sexual, género o enfermedad padecida.

Las personas integrantes del *colectivo doméstico* siguen incrementando su protección reforzada. En el nuevo delito de hostigamiento del art. 172 ter se introduce un tipo agravado si la víctima es un doméstico, supuesto, además, que constituye un delito público, a diferencia del carácter semiprivado del resto de conductas típicas. Asimismo, la derogación de las faltas de injurias y vejación injusta leves no afecta a aquellas producidas en el ámbito doméstico, que siguen siendo delito.⁸⁰ Ese incremento es especialmente relevante en las reformas que tienen lugar en los delitos sexuales: así, en 2021, en las agravantes específicas de prevalimiento de los delitos de agresiones sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores, y promoción de la prostitución de menores o discapacitados psíquicos, se incluye una nueva variante de prevalimiento por situación de convivencia.⁸¹ La reforma posterior de 2022, que unifica los delitos de agresiones y abusos sexuales bajo la primera denominación, tiene como efecto que la agravante de prevalimiento por situación de convivencia se extienda a los antes considerados abusos sexuales.⁸² Asimismo, en el delito de utilización de menores o discapacitados psíquicos para exhibicionismo o pornografía, se añadió en 2015 en la agravante específica de realización por encargados, de derecho o hecho, del menor o discapacitado, a cualquier otro familiar que conviva con ellos, y en 2021 se amplió a cualquier persona que conviva con ellos.⁸³

Un nuevo colectivo comienza a esbozarse, el de los *familiares o allegados*. De esta manera, en 2022 se introduce un nuevo delito de trato degradante cuando alguien, conociendo el paradero del cadáver de una persona, oculta de modo reiterado tal información a familiares o allegados de la misma.⁸⁴

La protección de la *mujer*, en su cualidad de mujer pareja, se sigue reforzando: en 2015 se crea un tipo agravado de colaboración terrorista por conductas de captación de mujeres víctimas de trata destinadas a ser cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de terroristas,⁸⁵ y en 2022 se introduce una agravante específica en los ampliados delitos de agresión sexual, cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer pareja, aun sin convivencia.⁸⁶ Y en la mujer pareja se está pensando, sobre todo, cuando en 2015 el nuevo delito de difusión de imágenes íntimas introduce una agravante si la conducta la realiza el cónyuge o la pareja, o en 2023 se crean dos tipos agravados en los delitos contra los animales que les causen lesiones o muerte

⁸⁰ LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁸¹ LO 8/2021, de 8 de junio.

⁸² También en el caso de las agresiones sexuales a menores. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

⁸³ LL00 1/2015, de 30 de marzo; 8/2021, de 4 de junio.

⁸⁴ LO 14/2022, de 22 de diciembre. Véase además *infra* nueva definición de violencia de género.

⁸⁵ La formulación típica es muy confusa, me limito a referir lo esencial. Por lo demás, la conducta entra en concurso real con el correspondiente delito contra la libertad sexual. LO 2/2015, de 30 de marzo.

⁸⁶ La protección reforzada no abarca al hombre cónyuge o pareja, aunque en la semejante agravación en las agresiones sexuales a menores no se hace distinción de sexo. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

con el fin de afectar a la libertad o integridad psíquica del cónyuge o pareja, aun sin convivencia.⁸⁷

Además, una tutela reforzada de la mujer se aprecia en el nuevo delito de acoso para obstaculizar el ejercicio del derecho al aborto por la embarazada,⁸⁸ y en el delito de trata de seres humanos cuando se incorpora al tipo agravado de personas especialmente vulnerables a la persona en estado gestacional. También, de manera predominante, con el nuevo delito de interpelar sexualmente a otra persona creándole una situación humillante, hostil o intimidatoria,⁸⁹ y al agravarse el delito de blanqueo cuando el delito origen sea la prostitución de adultos.⁹⁰ No hemos de olvidar igualmente la introducción de la mención al género entre las causas o razones de discriminación en el delito genérico de discriminación, los delitos de discriminación en el empleo, denegación de prestación de servicios públicos o actividades profesionales o empresariales, asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia, y abuso de autoridad en el ámbito militar.⁹¹

Quizá sea este el momento para mencionar igualmente otras reformas que, dada la elevada victimización de las mujeres en el ámbito sexual, atienden de forma predominante a su protección: así, en 2022 se introduce una definición legal de consentimiento sexual que exige que se manifieste libremente mediante actos que, en el contexto concreto, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Asimismo, se introduce para todos los delitos sexuales un concurso real con los actos de violencia física o psíquica que se realicen.⁹² Y se introduce en 2023 en las agresiones sexuales

⁸⁷ LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 3/2023, de 28 de marzo.

Además, por LO 8/2021, de 4 de junio se amplía el concepto de violencia de género contenido en la LO 1/2004 de Medidas de protección integral, para incluir la violencia ejercida sobre familiares o allegados menores de edad con el objetivo de causar daño o perjuicio a las mujeres, por parte de sus cónyuges o parejas.

⁸⁸ LO 4/2022, de 12 de abril.

⁸⁹ LO 10/2022, de 6 de septiembre.

⁹⁰ LO 6/2021, de 28 de abril.

Con todo, el castigo del rufianismo o proxenetismo consentidos por la persona prostituida, vigente desde 2003, experimenta una reducción de su ámbito típico en 2015. LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁹¹ Véase *supra* subapartado de colectivos discriminados.

Cabe mencionar igualmente la creación, propiamente innecesaria pero aparentemente condicionada por obligaciones internacionales, en 2015 del delito de matrimonio forzado y de forzar mediante violencia, intimidación grave o engaño a abandonar territorio español o no regresar a él, ciertamente centrado en mujeres víctimas; así como la inclusión, entre las finalidades que dan lugar al delito de trata, de la de celebrar matrimonios forzados. LO 1/2015, de 30 de marzo. Sobre los efectos estigmatizadores de ciertas minorías culturales que la innecesaria tipificación de este delito y el de mutilación genital puede producir, véase por todos Cisneros Ávila, 2018, pp. 44-49, 53. En contra, por todos, Sánchez Tomás, 2021b, pp. 828-829.

⁹² En el nuevo código penal ese concurso real se preveía exclusivamente en la circunstancia específica de agravación de las agresiones sexuales en que se usaban armas o medios peligrosos, y solo respecto a muerte y ciertas lesiones específicas causadas. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

un concurso de leyes por alternatividad, es decir, optando por el precepto legal que prevea la pena más grave, cuando se hayan considerado para la concurrencia de los tipos básico, atenuado o agravado, y para el tipo que regula las circunstancias específicas de agravación, las mismas circunstancias.⁹³

Por otro lado, el reconocimiento del ejercicio de la libertad individual de la mujer en la práctica del aborto es objeto inicialmente de recorte en 2015, cuando se deroga la validez del consentimiento de las embarazadas de 16 a 17 años, que pasan a precisar en todo caso el consentimiento expreso de sus representantes legales.⁹⁴ La situación se revierte en 2023 cuando se reconoce la validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años en todos los casos, sin necesidad del consentimiento concurrente de, o de la información a, sus representantes legales.⁹⁵ Además, se elimina la obligatoriedad de la previa información a la embarazada sobre derechos, prestaciones y ayudas de apoyo a la maternidad.⁹⁶

A estas alturas de la evolución legislativa podemos hablar de que ya ha surgido un nuevo colectivo identitario, constituido por el *colectivo LGTBI*. Las primeras referencias a la discriminación por orientación sexual surgieron ya con el nuevo código penal, como ya se ha indicado,⁹⁷ pero en este periodo se añade la discriminación por la identidad sexual, que se suma a la motivada por orientación sexual, en el delito genérico de discriminación, los delitos de discriminación en el empleo, negación de prestación de servicios públicos o actividades empresariales o profesionales, asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia, y abuso de autoridad en el ámbito militar.⁹⁸

La tutela reforzada de los *menores*, con frecuencia acompañada de los *discapacitados psíquicos*,⁹⁹ experimenta un aluvión de modificaciones legales en este periodo. A efectos analíticos vamos a diferenciar entre las decisiones legislativas relacionadas con delitos sexuales, y las restantes.

- En el ámbito de los delitos sexuales nos encontramos ante todo con delitos de nueva factura protectores de menores. Así, en 2015 se crea un delito de

⁹³ Lo que rige para delitos contra adultos o contra menores de 16 años. LO 4/2023, de 27 de abril.

⁹⁴ LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁹⁵ Tampoco se excluye la validez del consentimiento de las embarazadas con edad inferior a 16 años si son capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. L 41/2002, de 14 de noviembre, en relación con LO 1/2023, de 28 de febrero.

⁹⁶ LO 1/2023, de 28 de febrero.

⁹⁷ Véase las referencias a los colectivos discriminados en apartado 3.4.3.

⁹⁸ LL00 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre.

⁹⁹ Incluyo en este concepto, por razones de claridad expositiva, tanto a los discapacitados necesitados de especial protección, como a las personas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad. Es cierto que, en este último concepto, podrían incluirse también a discapacitados físicos en determinados contextos. Véase al respecto Tapia Ballesteros, 2023, p. 215.

embaucamiento de menores relacionado con pornografía, diferenciado del delito de acercamiento sexual a menores;¹⁰⁰ en 2021 se crea el delito de promoción de la comisión de delitos sexuales afectantes a menores o discapacitados psíquicos a través de contenidos difundidos públicamente mediante tecnologías de información o comunicación;¹⁰¹ y un año más tarde se crea un tipo específico de acoso sexual en centros de protección y reforma de menores, el cual, además, entra en concurso real con el delito de solicitud sexual de funcionarios.¹⁰²

Asimismo, se amplían tipos básicos ya existentes: el delito de corrupción de menores se autonomiza, y se expande en dos ocasiones, acabando por abarcar el mero hacer presenciar a menor de 16 años actos de carácter sexual;¹⁰³ el de conductas referidas a espectáculos exhibicionistas o material pornográfico con menores, además de ampliar las conductas típicas, precisa que es pornografía infantil representar conductas sexuales simuladas con, u órganos sexuales de, menores de 18 años, reales o aparentes;¹⁰⁴ el delito de prostitución de menores y discapacitados psíquicos pasa a abarcar también cualquier forma de explotación sexual.¹⁰⁵

Prolifera la creación de tipos agravados o circunstancias específicas de agravación si la víctima es un menor; ambas técnicas concurren de manera muy marcada en 2015 con el delito de prostitución y explotación sexual de menores.¹⁰⁶ En 2021, el delito de utilización de menores para exhibicionismo o pornografía incorpora una agravación adicional a la de ser menor de 16 años, si es menor de 18 años en situación de especial vulnerabilidad, y amplía la agravación por empleo de violencia física o sexual.¹⁰⁷ Lo mismo sucede en 2022 con los delitos de agresión sexual a menores: el anterior tipo agravado fundado en el uso de violencia o intimidación abarca ahora cualquier otra modalidad comisiva de las mencionadas en las agresiones sexuales de adultos,¹⁰⁸ y se amplía notablemente el número y extensión de las circunstancias

¹⁰⁰ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰¹ También se incluye la promoción del delito de prostitución de adultos.

¹⁰² LL00 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre.

¹⁰³ Se agrava si lo que se hace presenciar es cualquier delito contra la libertad sexual. LL00 1/2015, de 30 de marzo, 10/2022, de 6 de septiembre.

¹⁰⁴ La representación de los órganos sexuales no tiene por qué ser con fines exclusivamente sexuales, y, si el que aparenta ser menor no lo es, no se da el tipo. LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰⁵ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰⁶ El tipo agravado distingue entre uso de violencia o intimidación con menores de 16 o de 18 años. LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰⁷ LO 8/2021, de 4 de junio.

¹⁰⁸ Si bien puede rebajarse a pena inferior en grado en los casos no violentos ni intimidatorios si no concurren circunstancias específicas de agravación. La LO 4/2023, de 27 de abril, aclara que esa rebaja se extiende también al tipo básico, pero añade la excepción de que la víctima tenga la voluntad anulada.

específicas de agravación.¹⁰⁹ También el tipo agravado de prevalimiento del delito de acoso sexual incorpora a personas sujetas a guarda o custodia.¹¹⁰

Todas las modificaciones anteriores deben entenderse sabiendo que en 2015 se eleva la edad del consentimiento para cualquier acto sexual de los 13 a los 16 años. La nueva cláusula de excepción, que posibilita la validez del consentimiento de un menor de 16 años si su contraparte es próxima en edad y desarrollo o madurez, es en 2021 restringida al especificar que el desarrollo o madurez ha de ser tanto psicológico como físico.¹¹¹ En la misma dirección, en el delito de prostitución de menores el límite específico de edad que abre paso a agravaciones ya existentes o nuevas se eleva de 13 a 16 años.¹¹²

- Pero la protección reforzada de los menores y, eventualmente, discapacitados psíquicos no se limita a los delitos sexuales. Como en el apartado anterior, se crean nuevos delitos que específicamente protegen a integrantes de ambos colectivos: los de promover o incitar al suicidio o a autolesiones a través de contenidos distribuidos o difundidos mediante tecnologías de información o comunicación, y el de promover o facilitar el consumo de sustancias o utilización de técnicas de ingestión o eliminación de alimentos peligrosos para la salud por los medios ya citados.¹¹³

De nuevo, abundan las nuevas agravaciones por ser víctima un menor o discapacitado psíquico,¹¹⁴ y la mera presencia de un menor agrava las conductas delictivas de maltrato animal.¹¹⁵ Además, determinadas agravaciones por ser la víctima menor

¹⁰⁹ Una nueva ampliación, de menor entidad, tiene lugar por LO 4/2023, de 27 de abril.

¹¹⁰ LO 10/2022, de 6 de septiembre.

¹¹¹ LL00 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

¹¹² LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹¹³ LO 8/2021, de 4 de junio. Incluso podría incluirse el de emplear a menores que carezcan de permiso de trabajo —LO 1/2015, de 30 de marzo—, o la introducción de la causa discriminatoria por edad en los delitos de discriminación en el empleo, negativa a prestar servicios públicos o prestaciones profesionales o empresariales, y asociaciones ilícitas —LO 8/2021, de 4 de junio—. Véase asimismo *supra* la modificación del concepto de violencia de género en 2021.

¹¹⁴ Para menores, en delitos de homicidio y asesinato, sospecha de detención y secuestro, nuevos delitos de matrimonio forzado y de difusión de imágenes íntimas, delitos de medicamentos —LO 1/2015, de 30 de marzo—; delito de colaboración terrorista por captación o adiestramiento de menores o discapacitados psíquicos —LO 2/2015, de 30 de marzo—; tráfico de órganos —LO 1/2019, de 20 de febrero—; blanqueo de capitales cuyo delito origen sea la prostitución o explotación sexual de menores o discapacitados psíquicos —LO 6/2021, de 28 de abril—; nueva modalidad de acecho mediante utilización de imágenes de otro en cualquier medio de difusión pública —LO 1/2023, de 28 de febrero—. Para discapacitados psíquicos, en todos los supuestos precedentes salvo delitos de homicidio y asesinato; además, en la modalidad de acecho mencionada se incluye a cualquier discapacitado.

¹¹⁵ LL00 1/2015, de 30 de marzo, 3/2023, de 28 de marzo.

elevan la edad del menor protegido.¹¹⁶ Por último, un buen número de previsiones legales agravatorias se fundan en la especial vulnerabilidad por razón de la edad, lo que incluye también a la minoría de edad.¹¹⁷

Aún conviene aludir a una serie de previsiones legales que facilitan la persecución de los delitos que afectan a menores o discapacitados psíquicos: los delitos semiprivados de descubrimiento y revelación de secretos pasan a ser perseguibles de oficio si la víctima es menor de edad o discapacitado psíquico, y se elimina la posibilidad del perdón de menores de edad o discapacitados psíquicos en todo caso, aun formulado por sus representantes legales bajo control judicial, si el delito afecta a bienes eminentemente personales.¹¹⁸ La ya vigente posposición del inicio del cómputo del plazo de prescripción de delitos cuando la víctima sea un menor, hasta el momento en que adquiera la mayoría de edad o fallezca, se extiende también a los delitos contra las relaciones familiares, y, además, en ciertos delitos el inicio se pospone hasta que la víctima menor haya cumplido los 35 años.¹¹⁹

En 2015 se sustituye la definición legal de incapaz por las de discapacidad, y de persona con discapacidad necesitada de especial protección, concepto este último que se identifica sustancialmente con la discapacidad psíquica. La tutela reforzada de los ahora *discapacitados*, singularmente los *discapacitados psíquicos*, se manifiesta intensamente en este período. Ante todo, nos remitimos a los supuestos de párrafos anteriores en que mencionábamos que gozaban de la misma protección reforzada que los menores.

Además, en relación con los delitos sexuales, se amplía la punición de conductas referidas a espectáculos exhibicionistas o material pornográfico con discapacitados psíquicos, y se precisa que es pornografía punible representar conductas sexuales simuladas con, u órganos sexuales de, discapacitados psíquicos; se amplían circunstancias específicas agravantes en prostitución de integrantes de ese mismo colectivo;¹²⁰ y el tipo agravado de prevalimiento en acoso sexual se extiende a personas sometidas a guarda o custodia.¹²¹

A todo lo anterior hay que añadir las frecuentes previsiones agravatorias por especial vulnerabilidad vinculadas a la discapacidad,¹²² así como la excepción de la

¹¹⁶ En delito de lesiones, de 12 a 14 años, en delito de hurto, de 13 a 16 años. Respectivamente, LL00 8/2021, de 4 de junio, 1/2015, de 30 de marzo.

¹¹⁷ Véase *infra* el colectivo de ancianos o edad avanzada, donde se mencionan todas las referencias a vulnerabilidad por edad.

¹¹⁸ LO 8/2021, de 4 de junio.

¹¹⁹ LO 8/2021, de 4 de junio.

¹²⁰ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹²¹ LO 10/2022, de 6 de septiembre.

¹²² Que no tiene por qué ser psíquica, aunque la incluye. En delitos de homicidio y asesinato, prostitución —LO 1/2015, de 30 de marzo—, tráfico de órganos —LO 1/2019, de 20 de febrero—, acecho, acoso sexual —LO 10/2022, de 6 de septiembre—.

eximente de parentesco en los delitos contra el patrimonio si se abusa de la vulnerabilidad de la víctima por tener discapacidad.¹²³

Por lo que se refiere a la esterilización de incapaces, luego discapacitados psíquicos, mediante autorización judicial a instancia de su representante legal, en 2015 se restringe tal permiso justificante introduciendo menciones expresas adicionales a la concurrencia de un conflicto grave de bienes jurídicos y al mayor interés del afectado, y formulando ciertas precisiones procesales.¹²⁴ En 2020 se deroga la posibilidad de practicar esterilizaciones a discapacitados, en cualquier caso.¹²⁵

Un nuevo colectivo vulnerable que singularizar es el de las personas de edad avanzada o *ancianos*. Es cierto que en ningún lugar se les menciona como tales, hablándose únicamente de la edad, por lo que se podría pensar que este término es una nueva forma de referirse a un colectivo ya tan sobreprotegido como el de los menores. Ese argumento se refuerza porque las primeras menciones a la vulnerabilidad por razones de edad surgen con el nuevo código penal en el ámbito de los delitos sexuales, y allí se mantienen hasta el periodo en que nos encontramos.¹²⁶ Sin embargo, conviene recordar que la tutela reforzada de los menores se suele hacer de forma expresa y que, además, desde que en 2010 se crea un capítulo específico para las agresiones y abusos sexuales a menores, las menciones a la vulnerabilidad por edad en las agresiones y abusos sexuales genéricos no pueden ir referidas a los menores; por si fuera poco, existen previsiones legales en que la mención a la edad convive con la del menor.¹²⁷ Por tanto, el término edad va más allá de los menores, abarcando prioritaria, aunque no exclusivamente, a los ancianos.

Pues bien, en este periodo se incrementan los supuestos en que la especial vulnerabilidad por razón de la edad tiene efectos agravatorios¹²⁸ y, además, el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad constituye una excepción de la eximente de parentesco en los delitos contra el patrimonio.¹²⁹ Asimismo, en 2021 se

¹²³ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹²⁴ Además, ya no se refiere al incapaz, sino a persona que de forma permanente no pueda prestar en modo alguno el consentimiento. LO 1/2015, de 30 de marzo, con inclusión, además, de Disposición adicional 1ª.

¹²⁵ LO 2/2020, de 16 de diciembre. Véase *supra* apartado 3.4.2 referente a los motivos que fundaron la decisión de autorizar judicialmente la esterilización de personas incapaces psíquicas previa exploración, luego examen por el juez, de la persona afectada. El preámbulo de la LO 2/2020, además de vincularse a obligaciones internacionales, insiste en calificar todos los casos de esterilización realizados de acuerdo con la citada previsión legal, como forzosos o no consentidos.

¹²⁶ Véanse referencias *supra* en apartados 3.4.3 y 3.4.4.

¹²⁷ Así, arts. 140.1, 156 bis 4.b. Véase también Sánchez-Moraleda Vilches, 2023, p. 179. Se refieren exclusivamente a la minoría de edad el art. 181.5.c y, en buena parte, el art. 188.3.

¹²⁸ Delitos de homicidio, asesinato, acecho —LO 1/2015, de 30 de marzo—, tráfico de órganos —LO 1/2019—.

¹²⁹ LO 1/2015, de 30 de marzo.

introducen referencias a la edad de la víctima en los delitos de discriminación en el empleo, de negación de prestación de servicios públicos o de actividades profesionales o empresariales, y en el de asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia.¹³⁰

Con todo, la promulgación en 2021 de una comprensiva ley reguladora de la eutanasia tiene especial incidencia en este colectivo. Por ella se reconoce a sus integrantes el derecho y la capacidad para tomar decisiones individuales de la mayor transcendencia sin depender de tutelas ajenas, identitarias o estatales, si concurren determinadas condiciones sanitarias.¹³¹

El colectivo de las *personas traficadas* mantiene su presencia, con algunas reformas que expanden su tutela reforzada: en 2015, el delito de trata de seres humanos amplía las conductas del tipo básico, así como los fines que han de guiar tales comportamientos.¹³² A su vez, el delito de blanqueo de capitales se agrava cuando el delito origen sea la trata de seres humanos.¹³³ Y las víctimas integrantes de un colectivo cuya ausencia entre los sometidos a protección reforzada venía llamando la atención, el de los *extranjeros irregulares*, hacen una tímida aparición: Se crea un tipo específico de acoso sexual en centros de internamiento de extranjeros, que entra en concurso real con la correspondiente nueva modalidad del delito de solicitud sexual de funcionarios.¹³⁴

El colectivo de *pobres*, también excluidos sociales, consolida, aunque de manera ambigua su presencia: en 2021, en los delitos de discriminación en el empleo, denegación de prestación de servicios públicos o actividades profesionales o empresariales y asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia se incluye entre las razones discriminatorias la aporofobia y la exclusión social, y la primera de esas razones se incluye en el delito genérico de discriminación en 2022.¹³⁵

Sin embargo, en 2015 se restringe y endurece la regulación atenuada, creada en 2010, referida a la punición de la venta o distribución callejeras de obras o productos sometidos a derechos de propiedad intelectual o industrial,¹³⁶ y en 2022 se extiende a todo el Título de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico un tipo

¹³⁰ LO 8/2021, de 4 de junio.

¹³¹ LO 3/2021, de 24 de marzo.

¹³² Lo que conlleva reducciones en el ámbito típico de los delitos de inmigración ilegal. Además, como ya hemos señalado *supra*, se incluye a la persona en estado gestacional entre las personas vulnerables del tipo agravado, y se crea un delito de colaboración terrorista por conductas de captación de mujeres víctimas de trata.

¹³³ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹³⁴ LO 10/2022, de 6 de septiembre.

¹³⁵ LL00 8/2021, de 4 de junio, 6/2022, de 12 de julio.

¹³⁶ Supuesto también especialmente afectante a los extranjeros irregulares. LO 1/2015, de 30 de marzo, que reforma la LO 5/2010, de 22 de julio.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

agravado de multirreincidencia de delitos leves por montante inferior, pero acumulado superior, de 400 €. ¹³⁷

3.4.6. La panorámica obtenida tras el análisis precedente es reveladora. Al comienzo del largo trecho temporal estudiado, y sin perjuicio de las decisiones político-criminales que se toman, ¹³⁸ las únicas personas que gozaban de protección reforzada por pertenecer a colectivos vulnerables eran los menores de edad, los discapacitados psíquicos y, en menor medida, las mujeres. Ya en el segundo periodo se incluyen nuevos ciudadanos integrantes de colectivos vulnerables, los domésticos y los sometidos a discriminación. El número de los colectivos discriminados se incrementa en el nuevo código penal, además de realizarse una mención expresa al colectivo judío. En el periodo subsiguiente, además de modificarse o incrementarse las personas con tutela reforzada por pertenecer a colectivos discriminados o al ámbito doméstico, se añaden las personas traficadas, y la mujer pareja, alusiva a una especial condición de la mujer. El último periodo registra un incremento significativo de personas vulnerables debido a su pertenencia a ciertos colectivos: se siguen ampliando las personas integradas en el ámbito doméstico y las discriminadas, entre las que se identifica expresamente a los gitanos; se incluyen discapacitados no psíquicos; y se añaden familiares y allegados, personas con alguna de las características del colectivo LGTBI, ancianos, pobres y migrantes.

En consecuencia, el código penal dispensa en estos momentos tutela reforzada a ciudadanos que se consideran vulnerables por poseer cualidades propias de once colectivos identitarios, que se transforman en quince si aceptamos determinadas especificaciones de algunos de ellos. ¹³⁹

4. LA LEGITIMIDAD DE LA TUTELA REFORZADA DE LOS INTEGRANTES DE LOS COLECTIVOS IDENTITARIOS

4.1. El apartado anterior nos ha servido, ante todo, para comprender la magnitud del problema. Han surgido muy diversos colectivos cuyos integrantes se encuentran, por diferentes razones legislativamente reconocidas, en condiciones de inferioridad

¹³⁷ Que supera ampliamente una regulación precedente introducida por LO 11/2003, de 29 de septiembre, y vigente, con diferente amplitud, hasta 2015, para la multirreincidencia en faltas de hurto. LO 9/2022, de 28 de julio.

¹³⁸ Ya las hemos descrito *supra*, y las valoraremos con detenimiento *infra*.

¹³⁹ Dejo fuera ulteriores subdivisiones, por ejemplo, dentro del colectivo discriminado o del colectivo LGTBI, que incrementarían notablemente el número de los colectivos. Tampoco he contemplado en momento alguno, por considerarlo más propiamente una condición transitoria que puede afectar a cualquier persona, las referencias a los enfermos, que equiparo a las referencias, antes ya excluidas, a una situación o circunstancia especial —véase *supra* apartado 3.3—. Por lo demás, De la Mata Barranco, 2022, pp. 83-84, ha identificado hasta la LO 8/2021, de 4 de junio, sesenta términos o expresiones distintos alusivos a situaciones diferenciales de la víctima.

respecto al resto de los ciudadanos a la hora de preservar sus intereses individuales. Es fácil apreciar que en unos casos esa precariedad deriva de la propia constitución de esos individuos, como es el caso de los menores, discapacitados o ancianos, sin perjuicio de que pueda desaparecer o aparecer con el paso del tiempo. En otros casos se trata más bien de una precariedad socioestructural, vinculada a una configuración de las relaciones interindividuales en nuestra sociedad que no trata de forma igual a todos los ciudadanos, como sería el caso de las mujeres, los domésticos, los pobres o los integrantes de colectivos socialmente discriminados. Y aún habría otros casos en que la precariedad es circunstancial, pues abarca a integrantes de un colectivo caracterizado por encontrarse en una determinada situación, como es el caso de las personas traficadas o los migrantes.¹⁴⁰

La realidad de la vulnerabilidad que sufren o pueden sufrir todos esos ciudadanos no se pone aquí en cuestión. Tampoco que esos ciudadanos se puedan adscribir a un colectivo por compartir ciertos rasgos comunes.¹⁴¹ Y, desde luego, se asume la necesidad de que un Estado social y democrático de derecho deba reaccionar ante esa desigualdad con los medios de los que dispone, entre ellos los jurídicos.

Pero los problemas surgen al determinar el papel que corresponde a cada uno de los instrumentos de intervención estatal en el aseguramiento de la igualdad de sus ciudadanos. A nosotros nos interesa el cometido que debe asignarse al control social penal y, singularmente, al derecho penal. De precisar eso se ocupan las reflexiones que siguen.

4.2. Es tarea genuina de un Estado social y del bienestar la promoción de la igualdad y de la inclusión social de cada uno de sus ciudadanos. Eso implica asegurar una equitativa distribución y disfrute de los bienes y prestaciones sociales, que coloque a cada uno de sus ciudadanos en unas condiciones de libertad e igualdad equivalentes a la hora de desarrollar sus proyectos vitales. Lo que incluye, asimismo, estar en condiciones de participar activamente en las decisiones colectivas sobre la elección e implementación de tales bienes o prestaciones.

En ese programa político resulta legítimo concentrar y reforzar determinadas intervenciones sociales en grupos de ciudadanos con ciertos rasgos comunes que dan cuenta de específicos obstáculos con los que tropiezan al momento de beneficiarse de esa sociedad que quiere ser socialmente incluyente. Las políticas que se desarrollan para tal efecto abarcan todo el espectro de las políticas públicas, también la política criminal.

¹⁴⁰ Pese a ello, propugna en términos políticos siempre un enfoque estructural, Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 30-33.

¹⁴¹ Sin perjuicio de que caben adscripciones de un mismo individuo a colectivos diversos. Véase Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 31-32.

Sin embargo, conviene tener presente que la consecución de condiciones efectivas de igualdad entre todos los ciudadanos transita mayoritariamente por vías ajenas a la política criminal. Y esto es válido incluso cuando se trata de prevenir comportamientos que afectan gravemente a intereses esenciales de los integrantes de esos colectivos. La prevención social de delitos, esto es, la remoción de las desigualdades sociales que están en la génesis, entre otros efectos, de la comisión de conductas delictivas constituye el instrumento más eficaz para la evitación de ellas, muy por encima de los logros alcanzables mediante la estricta prevención penal.

En España disponemos de notables ejemplos de un abordaje comprensivo de desigualdades sociales que arrastran importantes connotaciones delictivas, como es el caso de las leyes orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual. A las que se puede añadir la L 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que tiene como complementaria la LO 6/2022, de la misma fecha, para los asuntos penales.

Sin embargo, sin perjuicio de las importantes y oportunas previsiones no penales en ellas contenidas, lo cierto es que en la mayoría de los casos, la percepción social, mediática e incluso institucional, las intervenciones sociales acordadas descansan de manera predominante sobre actuaciones de naturaleza punitiva.¹⁴² Es una expresión más de la criminalización de las políticas públicas, es decir, la tendencia cada vez mayor a resolver problemas sociales mediante técnicas propias de la política criminal, y que en este caso reflejaría la creencia de que cualquier asunto socialmente conflictivo solo puede entenderse correctamente abordado si incorpora una perspectiva jurídico-penal.¹⁴³

Pero ese protagonismo deseado o devenido de la prevención penal frente a la más eficaz prevención social ante desigualdades sociales muy enquistadas contiene una serie de riesgos de los que me voy a limitar a mencionar dos.

A la política criminal le están vedadas tareas de ingeniería social.¹⁴⁴ Me refiero a que la política criminal, singularmente mediante el derecho penal, no puede preten-

¹⁴² Véanse Lorenzo Copello, 2008, p. 330; Díez Ripollés/Cerezo Domínguez/Benítez Jiménez, 2017, pp. 287-288; Ramírez Ortiz, 2021, pp. 492-494.

¹⁴³ Véase una inicial formulación del concepto en Díez Ripollés, 2008; del mismo, 2015, pp. 46-50. Véase también, con una acertada referencia a la extensión de técnicas de inocuización penal a ámbitos de control social informal, García Magna, 2023, pp. 183-187, 198, 207-208.

¹⁴⁴ Véase Díez Ripollés, 1997b, p. 13; del mismo, 2020b, p. 25.
Una interesante asunción de esta idea desde una disciplina extrajurídica, en Malón Marco, 2020, pp. 44-45, 78-82, 107-113, 122-126, 218-219, 224-227.

der modificar comportamientos sociales que agentes políticos o de la sociedad civil consideren indeseables, incluso lesivos para la convivencia social, pero que gozan de una generalizada o muy amplia aceptación y práctica sociales. Y es que el uso del derecho penal pierde su legitimidad cuando va más allá del control de la desviación, esto es, su empleo debe limitarse a prevenir conductas que una amplia mayoría social considera gravemente dañosas e inaceptables y que, por eso mismo, tienen una prevalencia limitada en nuestra sociedad. Solo cuando ciertos comportamientos sociales adquieren ese estatus pueden ser perseguidos penalmente. Lo contrario está sentando las bases de un Estado autoritario. Con más motivo si pensamos que tales objetivos de transformación social contracorriente tienen una escasa eficacia,¹⁴⁵ lo que fomenta una exasperación de los efectos disuasorios del derecho penal.¹⁴⁶ Eso no impide, desde luego, que se puedan utilizar otros instrumentos de intervención menos invasivos de los derechos ciudadanos, de los que dispone el Estado social y bienestarista, para labores de transformación social de actitudes y comportamientos generalizados, siempre que gocen de legitimación democrática.

Del mismo modo, la política criminal debe tener buen cuidado de no hacer tomar partido al derecho penal en debates ideológicos acerca de los que aún no se ha decantado una amplia mayoría social, primando una de las opciones. A nadie se le escapa que hay decisiones políticocriminales que se asientan en opciones ideológicas muy contrapuestas. Baste citar los ejemplos del aborto, la eutanasia o el abuso de drogas, entre otros. En ningún caso se pretende una abstención del derecho penal ante estos temas, lo que se pide es que se asegure que la opción adoptada goce de amplio apoyo social. Los discrepantes, por muy poderosos que sean, habrán de convencer a una amplia mayoría social de la bondad de su opción, antes de trasladarla al derecho penal. Ello sin perjuicio, obviamente, de las demandas o constricciones constitucionales que acotan, por lo general en términos genéricos, el campo de actuación políticocriminal.

Estimo que las consideraciones formuladas en este apartado son pertinentes para impedir que el laudable deseo de reforzar la protección de individuos pertenecientes a colectivos con rasgos vulnerables mediante políticas públicas adecuadas no nos lleve de manera apresurada al ámbito de la política criminal y del derecho penal. A este respecto, un correcto análisis del origen constitucional, socioestructural o circunstancial de la precariedad de los diferentes colectivos, en el sentido señalado en el apartado precedente, puede ser de gran ayuda.

¹⁴⁵ Incluyo aquí también la prevención comunicativa, la integradora y el abuso de la función simbólica del derecho penal.

¹⁴⁶ Lo anterior no es obstáculo alguno para asignar a la política criminal, en el marco de la conminación, imposición y ejecución de penas referidas a comportamientos socialmente desviados, efectos socialmente transformadores sobre colectivos específicos, sean potenciales delincuentes con una interiorización defectuosa de los valores sociales, sean condenados, cuya integración social o reducción de peligrosidad se procura.

4.3. El derecho penal contemporáneo ha registrado cambios significativos en sus contenidos de tutela, que suelen ejemplificarse en la incorporación de numerosos bienes jurídicos colectivos que protegen intereses generales.¹⁴⁷ También suele destacarse cómo el actual derecho penal, a pesar del asedio y menoscabo que sufre por modelos políticocriminales muy intervencionistas, como el de la seguridad ciudadana,¹⁴⁸ sigue preservando en buena medida su componente liberal, ligado al mantenimiento del Estado de derecho. El acabado catálogo de garantías individuales que ha construido en torno al sistema de responsabilidad y de sanciones, y a su verificación procedimental, da buena cuenta de ello. Pero no suele destacarse tanto que esa raigambre liberal encuentra igualmente reflejo en la elevada protección que presta a los intereses individuales de los ciudadanos, cuya intensidad de tutela supera con mucha frecuencia a la dispensada a los intereses generales o institucionales. Un repaso a la respectiva gravedad de las penas, o a la ordenación sistemática de los catálogos de delitos en los nuevos códigos penales, debiera bastar para llegar a esta conclusión.¹⁴⁹

En este contexto conviene preguntarse por el papel que desempeña la continuada introducción de tutelas reforzadas de intereses individuales condicionadas a la pertenencia del individuo a un determinado colectivo. Pues esa técnica conduce inevitablemente a que la sobretutela otorgada se haya de explicar en función de necesidades de protección específicas ligadas a los rasgos comunes que caracterizan al colectivo. Y, en consecuencia, se produce cuando menos una reinterpretación, a veces una suplantación, de los intereses del individuo afectado por los intereses que son comunes a todo el colectivo. La legitimidad de esa interpretación colectiva de intereses individuales se defiende, frente a posibles objeciones provenientes de los individuos efectivamente titulares de esos intereses, con alegaciones bien conocidas: la escasa o ausente conciencia individual de la pertenencia al colectivo; representaciones engañosas sobre cuáles sean los verdaderos intereses de los individuos integrantes del colectivo; la incapacidad individual, por diversas razones, para adoptar decisiones suficientemente reflexivas o incluso correctas al respecto; entre otras. Quienes formulan esas alegaciones están convencidos de que conocen mejor, que un buen número de los individuos pertenecientes a ese colectivo, cuáles sean sus auténticos intereses individuales.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Sobre este fenómeno volveré más tarde.

¹⁴⁸ Véanse, por todos, Díez Ripollés, 2004c, *passim*; del Rosal Blasco, 2009 *passim*; García Magna, 2018, *passim*. Sobre la cercanía entre un derecho penal de la seguridad y un derecho penal identitario, véase recientemente del Rosal Blasco, 2023, pp. 384-389.

¹⁴⁹ Lo que no siempre se funda en buenas razones, si atendemos al daño social que producen las conductas lesivas de unos u otros intereses. Esta afirmación es especialmente aplicable a las conductas que afectan a los intereses generales, cuyo titular es la sociedad, mientras que solo es aplicable a parte de los intereses institucionales, cuyo titular es el Estado.

¹⁵⁰ Un poco más adelante me ocuparé de su modo de proceder.

Sería frívolo afirmar sin más que cada individuo sabe mejor que nadie cuáles son sus verdaderos intereses individuales, y que no necesita ayuda para identificarlos correctamente. El fenómeno psicológico de la alienación es indubitable, y en individuos pertenecientes a ciertos colectivos vulnerables es casi consustancial a su naturaleza. Si a eso unimos que a técnicas tradicionales como la contraprestación económica o el prevalimiento se han añadido modernamente otras, basadas en las nuevas tecnologías, con gran capacidad sugestiva individual, los riesgos de alienación son más graves o de más fácil producción. Y no podemos ignorar tal realidad.

Pero debemos plantearnos si no estamos yendo demasiado lejos en ese paternalismo que ha encontrado una excelente vía de expresión mediante la sobredicha reinterpretación o sustitución de los intereses individuales por los colectivos identitarios. Como no pretendo moverme en un plano genérico, me voy a remitir a determinado tipo de decisiones legislativas que, como hemos visto, se están produciendo cada vez con más frecuencia o contundencia.¹⁵¹

En lo que respecta al ámbito que se le asigna al consentimiento del titular del interés individual, hemos podido apreciar supuestos en que pasa a ser irrelevante en cualquier momento,¹⁵² otros en los que su validez se retrasa cada vez más temporalmente,¹⁵³ algunos en los que se añaden exigencias adicionales para su vali-

¹⁵¹ Lo que sigue se refiere exclusivamente a decisiones legislativas afectantes a integrantes de colectivos identitarios. Y, una vez más, he de recordar que no tomo en cuenta decisiones legislativas incidentes respecto al sistema de penas o aspectos procesales. Aluden a ejemplos de estos ámbitos, entre otros, Lorenzo Copello, 2008, pp. 340-342; Ramírez Ortiz, 2019, pp.208-215; Maqueda Abreu, 2020, pp. 271-272; Durán Silva, 2023, pp. 254-270; García Magna, 2023, pp. 202, 204-205.

¹⁵² Punción, en la prostitución de adultos, del rufianismo y proxenetismo consentidos, pese a alguna restricción posteriormente introducida —LL00 11/2003, de 29 de septiembre, 1/2015, de 30 de marzo—; punición de cualquier relación sexual con menor de 18 años o incapaz en la que medie remuneración o promesa; apreciación del delito de trata de personas si la víctima es menor de 18 años, aunque no haya concurrido medio comisivo atentatorio contra la libertad alguno de los mencionados en el precepto —LO 5/2010, de 22 de junio—. Dejamos fuera aquellos casos en que, de forma innecesaria dada la naturaleza de los medios comisivos, se establece que el consentimiento de la víctima mayor de edad es irrelevante en el delito de trata de personas —LO 5/2010, de 22 de junio—, o que el consentimiento de la persona menor de 16 años con otra persona próxima en edad, desarrollo y madurez no será válido si concurren ciertos medios comisivos atentatorios a la libertad —LL00 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre—.

Naturalmente, aún habría que añadir todos los casos, especialmente en los delitos sexuales y los delitos contra los derechos y deberes familiares, en que la protección específica de menores o discapacitados psíquicos hace irrelevante su consentimiento. Así como la exclusión de ambos colectivos del limitado reconocimiento del consentimiento en las lesiones —véase, como punto de referencia, LO 10/1995, de 23 de noviembre, de código penal—.

¹⁵³ Así, sucesivas elevaciones de los límites de edad de la validez del consentimiento de menores en los delitos sexuales —LL00 10/1995, de 23 de noviembre, de código penal; LO 11/1999, de 30 de abril; 1/2015, de 30 de marzo—.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

dez o se admite solo en ciertos contextos,¹⁵⁴ y unos últimos en los que se desnaturalizan ciertas circunstancias acompañantes.¹⁵⁵

Otras evoluciones legislativas se orientan en la misma dirección. Desconfianza en la capacidad para gestionar sus intereses individuales se aprecia en el desigual tratamiento que reciben instituciones como la previa denuncia del afectado, el perdón, y los plazos de prescripción del delito, cuando la víctima es una persona perteneciente a estos colectivos.¹⁵⁶ Por otro lado, no cabe ignorar que las frecuentes referencias a la vulnerabilidad de colectivos específicos, o a su sugestionabilidad, facilitan, cuando no activan automáticamente, tutelas reforzadas quizá no deseadas por los integrantes de esos colectivos.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Se introduce para los delitos sexuales, en el marco de la teoría del consentimiento afirmativo, una definición legal de lo que deba entenderse por consentimiento sexual —LO 10/2022, de 6 de septiembre—, se admite excepcionalmente la validez del consentimiento sexual de persona menor de 16 años solo si su contraparte es próxima en edad y grado de desarrollo o madurez, conceptos estos últimos que luego se precisa que han de referirse tanto al componente psicológico como físico —LL00 1/2015, de 30 de marzo; 8/2021, de 4 de junio—.

¹⁵⁵ Pasa a ser agravante del delito de agresión sexual ampliado entre adultos el que la víctima sea la esposa o mujer pareja, así como en el de agresión sexual ampliado a menores el que la víctima sea el cónyuge o pareja —LO 10/2022, de 6 de septiembre—.

¹⁵⁶ Se añade a incapaces entre los beneficiados por la actuación de oficio del ministerio fiscal en los delitos sexuales —LO 3/1989, de 21 de junio—, el delito semiprivado de hostigamiento se considera público si las víctimas son domésticas —LO 1/2015, de 30 de marzo—, y lo mismo sucede con el delito de descubrimiento y revelación de secretos si la víctima es menor de edad o discapacitado psíquico —LO 8/2021, de 4 de junio—.

En los delitos sexuales se elimina, progresivamente, el perdón otorgado después de que recaiga sentencia en la instancia, el perdón presunto, el mero perdón otorgado por los representantes legales del menor o incapaz, el perdón en el delito de violación y, finalmente, en cualquier delito sexual —L 46/1978, de 7 de octubre; LL00 8/1983, de 25 de junio; 3/1989, de 21 de junio—, se restringe la eficacia del perdón en el delito de abandono de familia —LO 8/1983, de 25 de junio—, y finalmente se elimina la posibilidad del perdón de menores de edad o discapacitados psíquicos en cualquier delito con bien jurídico eminentemente personal, aun formulado por sus representantes legales bajo control judicial —LO 8/2021, de 4 de junio—. Aun podría añadirse la supresión de la iniciativa del representante legal para promover la esterilización de personas imposibilitadas de forma permanente y absoluta para prestar su consentimiento —LO 27/2020, de 16 de diciembre—.

Se aplaza el inicio del cómputo de la prescripción de algunos delitos contra las personas en los que las víctimas son menores, al momento de su mayoría de edad o fallecimiento, luego se amplía el número de esos delitos, y para algunos de ellos el aplazamiento llega hasta que alcancen los 35 años —LL00 11/1999, de 30 de abril, 14/1999, de 9 de junio, 8/2021, de 4 de junio—.

¹⁵⁷ Sobre lo primero, véanse las numerosas referencias hechas, desde la aprobación del nuevo código penal, en los apartados 3.4.3, 3.4.4 y 3.4.5, así como en apartado 3.3. Respecto a lo segundo, piénsese en los delitos de promover o incitar al suicidio o a autolesiones, o promover o facilitar el consumo de sustancias o utilización de técnicas de ingestión o eliminación de alimentos peligrosos para la salud, a menores o discapacitados psíquicos a través de contenidos distribuidos o difundidos mediante tecnologías de información o comunicación —LO 8/2021, de 4 de junio—.

En otro orden de cosas, no hay duda de que la frecuente previsión de concursos reales de delitos específicos, o la punición de conductas que solo simbólicamente afectan a los intereses individuales de los integrantes de esos colectivos, trasladan la idea de que hay un interés adicional del colectivo que necesita reconocerse de algún modo más allá de los intereses individuales implicados.¹⁵⁸

Con todo, hay que aclarar que eso no ha sucedido siempre. Una actitud claramente favorable a la extensión de la autonomía individual sobre el propio interés se registró, como hemos podido ver, desde mediados de los años 70 del pasado siglo hasta la aprobación del nuevo código penal en 1995.¹⁵⁹ Esa tendencia cambió de signo a partir de entonces con algunas, relevantes, excepciones como la regulación del aborto o la eutanasia.¹⁶⁰

Los ejemplos anteriores nos dirigen hacia un asunto de gran trascendencia, que solo podemos abordar aquí de manera fragmentaria: cuál debe ser el ámbito de disponibilidad de sus intereses por los diferentes titulares de bienes jurídicos. Hablamos de disponibilidad en un sentido amplio, que abarca todos los supuestos que acaba-

¹⁵⁸ En el primer sentido, se prevé concurso real de delitos entre los delitos de prostitución de adultos, menores o discapacitados psíquicos, y los otros delitos sexuales concretos realizados —LL00 11/1999, de 30 de abril, 5/2010, de 22 de junio—, entre el delito de violencia doméstica habitual y las infracciones en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica realizados —LO 11/1999 de 30 de abril—, entre todos los delitos sexuales y los actos de violencia física o psíquica que se realicen, entre tipo específico de acoso sexual en centros de protección o reforma de menores, o de internamiento de extranjeros, y el delito de solicitud sexual de funcionarios —LO 10/2022, de 10 de septiembre—. También se prevé un concurso de leyes por alternatividad en las agresiones sexuales ampliadas de adultos y de menores si concurren en los tipos básico, atenuado o agravado, y en el tipo que regula las circunstancias específicas de agravación, las mismas circunstancias —LO 4/2023, de 17 de abril—.

En el segundo sentido, la pornografía con menores y discapacitados psíquicos pasa a abarcar supuestos virtuales, en los que no se ha utilizado directamente a esas personas, y se precisa que es pornografía infantil representar conductas sexuales simuladas de menores de 18 años, reales o aparentes —LL00 15/2003, de 25 de noviembre, 1/2015, de 30 de marzo—.

¹⁵⁹ Así, rebaja de los límites de edad de la validez del consentimiento de menores en los delitos sexuales —LL 46/1978, de 7 de octubre, 3/1989, de 21 de junio—, validez del consentimiento para cirugía transexual —LO 8/1983, de 25 de junio—, exigencia de abuso de la enajenación para que se dé violación de enfermo mental —LO 3/1989, de 21 de junio—. Del mismo modo, en los delitos sexuales, se excluye a los familiares y allegados de las personas que pueden denunciar, o se rebaja de los 23 a los 18 años la edad a partir de la cual se puede perdonar —L 46/1978, de 7 de octubre—.

¹⁶⁰ Progresivo mayor reconocimiento en la regulación del aborto legal del consentimiento de la mujer, incluida, con algún retroceso transitorio, la mujer menor, en especial si tiene entre 16 y 17 años —LL00 9/1985, de 5 de julio, 2/2010, de 3 de marzo, 1/2015, de 30 de marzo, 1/2023, de 28 de febrero—, y reconocimiento, en especial a las personas ancianas, del derecho y la capacidad para tomar decisiones eutanásicas —LO 3/2021, de 24 de marzo—. La prohibición de practicar esterilizaciones a discapacitados psíquicos, incluso mediante autorización judicial a instancia de su representante legal —LO 2/2020, de 16 de diciembre, merece una valoración ambivalente, como ya se ha expresado en apartados 3.4.2 y 3.4.5—.

mos de citar. Todos ellos se caracterizarían por restringir la capacidad de decisión del individuo sobre el ámbito de protección de su interés individual.¹⁶¹

Los intereses individuales son, en principio, disponibles por su titular. Así sucede en los delitos contra la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la propia imagen, el honor o el patrimonio, entre otros. También lo son, aunque de manera limitada, la vida y la integridad personal. Esas limitaciones tienen que ver con la trascendencia del interés implicado y la difícil reparación de su daño, lo que aconseja ser especialmente cauteloso en situaciones existencialmente no problemáticas o ante intervenciones de terceros. Por lo demás, en todos ellos desempeña un importante papel, como es lógico, la verificación de la capacidad concreta de decisión individual.

En cuanto a los intereses generales, en cuanto que su titular es la sociedad en su conjunto, es ella, y no sus miembros aislados que están amenazados de sufrir directamente la afección al bien jurídico colectivo, la que debe disponer de tal interés. Eso hace que la regla sea la no disponibilidad de tales intereses generales. Con todo, existen previsiones legales que reflejan una cierta disponibilidad de tales intereses generales, como es el caso de la exigencia de denuncia para proceder cuando el daño se haya concentrado en personas aisladas, sin afectar a intereses generales o a una pluralidad de personas,¹⁶² de exenciones o atenuaciones de responsabilidad en casos de cooperación activa en la persecución del delito,¹⁶³ o de atenuaciones si se pueden obtener beneficios individuales en conductas que no afectan seriamente a los intereses generales.¹⁶⁴

Los intereses institucionales de los que es titular el Estado siguen el mismo patrón que los intereses generales. De ahí que la regla sea de nuevo la no disponibilidad de tales intereses, aun cuando también existan previsiones legales que expresan cierta disponibilidad. Así, cabe hablar de exenciones o atenuaciones de responsabilidad en casos de cooperación activa en la persecución del delito o en la prevención o reparación del daño.¹⁶⁵

¹⁶¹ No vamos a entrar en precisiones técnico-jurídicas sobre la diferente naturaleza de los diversos supuestos ya mencionados o que vamos a mencionar, ni de los diferentes contextos técnico-jurídicos en que juega la disponibilidad a que nos vamos a referir.

¹⁶² Por ejemplo, arts. 287 y 296, referidos a algunos delitos contra el mercado o los consumidores, o a los delitos societarios.

¹⁶³ Por ejemplo, la cooperación activa en la persecución del delito de alteración de precios en concursos o subastas públicas (art. 262.3), de algunos de los delitos contra el mercado o los consumidores (art. 288 bis), y de la mayor parte de los delitos contra la salud pública, incluidas las drogas ilegales (art. 376 p. 1).

¹⁶⁴ Como la acreditación de deshabituación del delincuente drogodependiente (art. 376 p.2).

¹⁶⁵ Por ejemplo, en los delitos contra la hacienda pública (arts. 305. 4 y 6, 307. 3 y 5, 307 ter 3 y 6, 308. 6 y 8), de cohecho (art. 426), falso testimonio (art. 462), rebelión (art. 480), o de organizaciones y grupos criminales o terroristas, o de terrorismo (arts. 570 quater 4, 579 bis 3).

En cualquier caso, en los supuestos de disponibilidad aludidos respecto a intereses generales o institucionales estamos en la mayoría de los casos ante equivalentes funcionales de la disponibilidad, la cual propiamente solo puede darse respecto a intereses individuales. Piénsese que no se usan técnicas que permitan un pronunciamiento directo y específico de la sociedad o del Estado frente a casos concretos, y que ni siquiera en un buen número de casos la decisión a adoptar es discrecional del juez o tribunal.

Dado ese diferente abordaje de la disponibilidad por intereses individuales y por intereses generales o institucionales no es de sorprender que surjan tensiones y perplejidades cuando nos encontramos ante intereses individuales cuya tutela se funda, o refuerza, por poseer los titulares de esos intereses cualidades comunes de un colectivo. Al seguir siendo intereses individuales, la disponibilidad de ellos debería reconocerse de forma correspondiente, siempre que concurren las habilidades decisionales del ciudadano afectado en el caso concreto. Pero, al estar condicionada la tutela o la sobretutela de ese interés individual a la pertenencia de su titular a un colectivo, el ámbito de disponibilidad del interés individual resulta necesariamente recortado. Su restricción no obedece necesariamente a la trascendencia del interés implicado y la difícil reparación de su daño, tampoco a la defectuosa capacidad concreta de decisión individual, sino a la consustancial vulnerabilidad de ese individuo por poseer el rasgo común al colectivo identitario.

En suma, el individuo ve enajenada su disponibilidad por su pertenencia al colectivo, con el resultado último de que esta tampoco se ejerce por el colectivo. ¿O sí? Pensemos en la discrecionalidad de la fiscalía para ejercer la acción penal en nombre de menores o incapaces en ciertos delitos semiprivados.¹⁶⁶ En cualquier caso, el colectivo elimina o se apropia de la disponibilidad del individuo, quedando sus intereses individuales supeditados a la comprensión que de ellos tienen los portavoces del colectivo identitario.¹⁶⁷

4.4. Los colectivos identitarios no solo reinterpretan o sustituyen a los intereses individuales. También mantienen una relación problemática con los intereses generales.

Para captar esto puede ser útil vincular los diferentes intereses penalmente protegidos, en función de quiénes son sus titulares, a diversos modelos sociopolíticos, sin perjuicio de que puedan ser compatibles entre sí. Los intereses individuales se encuadran en el eje político propio del Estado de derecho liberal, con su predomi-

¹⁶⁶ Por ejemplo, en delitos de reproducción asistida no consentida (art. 161.2), agresiones y acosos sexuales (art. 191.1), abandono de familia e impago de pensiones (art. 228) o daños imprudentes graves (art. 267 p. 2). También, en un contexto de protección de intereses generales, pero con disponibilidad si se afecta a personas aisladas —véase *supra*—, arts. 287 y 296, referidos a algunos delitos contra el mercado o los consumidores, o a los delitos societarios.

¹⁶⁷ Sobre el paternalismo en estos ámbitos, véanse Laurenzo Copello, 2008, pp. 335, 356; Maqueda Abreu, 2020, pp. 278-279; Malón Marco, 2020, 151-154, 229-231; Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 30, 35-37; García Magna, 2023, pp. 198-200.

nante atención a la salvaguarda de la libertad individual, y que ha dado pie a lo que podemos considerar los derechos fundamentales de primera generación. Por su parte, los intereses generales, los cuales, con algunas excepciones, han necesitado cierto tiempo para consolidar su protección penal, se vinculan a la referencia política del Estado social de derecho, una vez asumido que las libertades individuales son de muy difícil ejercicio sin garantizar unas mínimas condiciones de igualdad de acceso de cualquier ciudadano al disfrute de los bienes sociales. Se vincularían a los derechos fundamentales de segunda generación. Los intereses institucionales, cuyo titular es el Estado, se vinculan a las necesidades estructurantes y funcionales del Estado como instrumento de organización social, lo que en nuestra sociedad se da en el marco de un Estado democrático de derecho.

En el panorama esbozado,¹⁶⁸ ¿cuál es el lugar para ocupar por la reinterpretación o sustitución identitarias de los intereses individuales? Sin duda, los intereses identitarios son hijos del Estado social de derecho, pues persiguen, como él, consolidar la igualdad en las relaciones sociales. Pero son al mismo tiempo una clara muestra de comunitarismo dentro de nuestro Estado social bienestarista.¹⁶⁹ Por ello entiendo la tendencia a comprender la sociedad como un mosaico de grupos sociales, nucleados cada uno de ellos en torno a determinadas cualidades identitarias que generan autocomprensiones e intereses específicos. Estos grupos, en ciertos casos, pueden terminar compitiendo entre sí para mejor beneficiarse de los bienes o prestaciones sociales, o al momento de decidir colectivamente cuáles de esos bienes o prestaciones deben ser objeto de mayor promoción o desarrollo. En ese contexto los intereses generales, propios del conjunto de la sociedad, no dejan de ser atendidos, desde luego, pero resultan mediatizados o condicionados por esos intereses comunitarios, así como por su eventual contraposición. Pasamos así del Estado socioliberal al Estado sociocomunitario, en el que la lucha o pugna de identidades, remedo de la lucha de clases, consigue que los intereses comunitarios, identitarios, puedan llegar a reclamar una legitimidad superior a la de los intereses generales.¹⁷⁰ El argumento que les

¹⁶⁸ Hemos dejado al margen titulares de intereses que sobrepasan el ámbito o la comunidad nacional. Véase al respecto lo dicho en la Introducción.

¹⁶⁹ Véanse referencias a que el concepto, universal, de sujeto vulnerable, puede en cierta medida constituirse en una alternativa política al de sujeto autónomo, propio del Estado de derecho liberal, en Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 22-27, 33-35.

¹⁷⁰ Si se me permite una apresurada reflexión en términos habermasianos, podríamos decir que el objetivo de la integración social propio de la sociedad moderna, fundado en una interpretación común del mundo, la inserción en redes de solidaridad, y una socialización y asunción de responsabilidades compartidas pareciera desplazarse en cierta medida del conjunto de la sociedad a grupos más reducidos, dándose lugar a integraciones sociales fragmentadas, ligadas a identidades grupales diversas. Una aceleración de este fenómeno podría dar lugar a que la integración del conjunto de la sociedad mutara de naturaleza pasando a seguir las pautas de una integración sistémica, de modo equivalente a los sistemas económico y administrativo. Las consecuencias negativas para un Estado de derecho basado en el principio democrático no pueden analizarse aquí.

ampara es la mayor necesidad de protección de los intereses de los integrantes de ciertos colectivos. Esta sociedad fragmentada, revestida de los atributos del estado social, camina hacia la reinterpretación o sustitución de los intereses generales por una yuxtaposición de intereses particularistas que en su conjunto expresarían esos intereses generales.

Lo acabado de decir en ningún modo supone una visión política ingenua acerca de la configuración y selección de los intereses generales, ajena a los conflictos sociales subyacentes y a la diversidad y contraposición de intereses particulares que terminan conduciendo a la identificación más o menos afortunada de cuáles sean esos intereses generales.

Es justamente por la conciencia que se tiene de la problemática conformación de decisiones colectivas sobre cualesquiera intereses dignos de tutela penal que pasamos a ocuparnos de otro asunto en el que los colectivos identitarios pueden estar produciendo notables perturbaciones.

4.5. La toma de decisiones legislativas es un tema complejo, que se puede analizar desde una perspectiva sociológica, atendiendo a las dinámicas sociales que lo impulsan, o desde una perspectiva prescriptiva, identificando cuáles sean los contenidos de racionalidad que deben haber sido considerados para que una decisión legislativa resulte fundada.¹⁷¹ Cuando volcamos, aunque sea de manera esquemática y parcial, este marco analítico sobre el asunto que estamos estudiando, es fácil observar un cierto número de distorsiones significativas en el proceso de toma de decisiones legislativas penales.

En el plano sociológico se aprecia cómo ciertos actores sociales adquieren un protagonismo constante y con frecuencia excluyente al identificar y dar forma a los intereses individuales de los integrantes de los colectivos identitarios. Se trata de grupos de interés o de presión que se arrojan de manera más o menos justificada la capacidad para representar y defender esos intereses individuales vulnerables. Y que, con alguna frecuencia, tienden a descalificar las aportaciones de otros grupos de presión o de interés al no considerarlos suficientemente sensibles a, o sabedores de, las auténticas necesidades de esos individuos. La penetración social que han adquirido esos grupos de presión les permite mantenerse muy activos en la mayor parte de las etapas de la trascendente fase prelegislativa, sin dejar de ser influyentes en la fase parlamentaria y postlegislativa. Son grupos de interés con unas características peculiares, pues aun en muchos casos rasgos propios tanto de los grupos de interés de víctimas como de los grupos de presión expertos, en este caso nucleados en torno a ciertas opciones ideológicas.¹⁷²

¹⁷¹ Véase Díez Ripollés, 2013, pp. 13-16.

¹⁷² Sobre estas fases, y los grupos de presión, Díez Ripollés, 2013, pp. 17-65.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

No seré yo quien cuestione la legitimidad de tales grupos de presión y de sus actividades de cabildeo. Como ya he tenido ocasión de manifestar en otros lugares,¹⁷³ tales grupos y tales actividades son imprescindibles para asegurar una correcta toma de decisiones legislativas. Mis objeciones se dirigen, sobre todo,¹⁷⁴ al cuasi monopolio que tales grupos de interés se aseguran a la hora de configurar la tutela reforzada penal de esos intereses individuales de raigambre identitaria.¹⁷⁵ Cuasi monopolio que se produce, en primer lugar, frente a grupos de interés con otras opciones ideológicas que aspiran asimismo a defender iguales o semejantes intereses identitarios. Ese mismo fenómeno origina, además, la difuminación, o incluso desaparición, de la diversidad de preferencias individuales de los integrantes de esos colectivos, uniformada o nivelada por la potente influencia de esos grupos de interés. Y, finalmente, esos poderosos grupos de presión terminan silenciando, a veces estigmatizando, a otros grupos de presión que mantienen opiniones diversas respecto a la vulnerabilidad de los integrantes de esos colectivos identitarios. La ya señalada naturaleza mixta, victimal y experta, de aquellos grupos de interés hace que su cabildeo combine componentes emocionales y cognitivos que les hacen especialmente determinantes.

Y esto nos lleva al segundo aspecto a considerar, el prescriptivo. La configuración e influencia que han adquirido esos grupos de presión identitarios dificulta que se satisfagan en términos aceptables al menos dos niveles de racionalidad legislativa, la teleológica y la pragmática.¹⁷⁶

Por lo que se refiere a la primera, el debate público abierto en el que han de encontrar oportunidades para expresarse las diferentes corrientes de opinión y propuestas ha sido notablemente recortado por apriorismos ideológicos descalificadores, hecho que ya se viene manifestando desde hace algún tiempo y que no deja de intensificarse. Los calificativos despreciativos o estigmatizadores utilizados para desplazar las opiniones contrarias hacia los extremos del espectro político, el discurso políticamente correcto, la cultura de la cancelación y otros fenómenos discursivos son cada vez más intensos. Sería muy injusto atribuir esta degradación del debate

¹⁷³ Díez Ripollés, 2013, *ibidem*.

¹⁷⁴ Dejaré ahora al margen otras objeciones referidas a su capacidad para ser determinantes en muy diferentes etapas y fases del procedimiento legislativo, con el consiguiente desplazamiento de la preeminencia que corresponde a otros actores sociales en momentos en que se esperan específicamente sus aportaciones.

¹⁷⁵ Es sintomático al respecto que sean aludidos expresamente, como inspiradores de la regulación adoptada, en el preámbulo de determinadas leyes con contenido identitario. Es el caso de las LL00 1/2004, de 28 de diciembre, 10/2022, de 6 de septiembre, 1/2023, de 28 de febrero. La reforma en curso del art. 49 de la constitución española, en su versión remitida por el Congreso de los diputados al Senado, incluye en el tenor literal del precepto el fomento de la participación de las organizaciones representativas de los discapacitados en el desarrollo de las políticas públicas a su favor (Proposición de reforma del art. 49 de la Constitución española (600/000001), BOCG. Senado. XV legislatura. n. 51, 19-1-2024).

¹⁷⁶ Véase Díez Ripollés, 2013, pp. 91-99.

público exclusivamente a la aparición e influencia de los actores sociales identitarios. El fenómeno es de mucho mayor alcance conceptual y temporal. Pero, ciertamente, la involucración de actores identitarios, con las características que hemos mencionado en párrafos anteriores, no ha mejorado las cosas. En esas condiciones de ausencia de un debate público libre de constricciones expresivas, en el que se pudiera llegar a acuerdos amplios o, al menos, a una cierta comprensión de las posturas contrarias, es dudoso que las decisiones legislativas penales adoptadas puedan reivindicar un apoyo social ampliamente mayoritario, como sería exigible a toda decisión legislativa penal.

Respecto a la necesaria racionalidad pragmática, esta resulta muy condicionada por las carencias del precedente nivel de racionalidad. Esos mismos apriorismos ideológicos, en cuanto asumidos también por los agentes sociales identitarios, conducen a la adopción de decisiones legislativas penales carentes de efectividad y eficacia para la tutela de esos intereses individuales vulnerables. Pérdida de efectividad en el cumplimiento de las normas creadas y escasa eficacia en la obtención de los objetivos pretendidos porque chocan en ocasiones con creencias o prácticas sociales muy extendidas, para cuya sustancial modificación el derecho penal es un instrumento poco legítimo e idóneo, como ya hemos señalado.¹⁷⁷

5. ALGUNAS PROPUESTAS CONCLUSIVAS

La mayor parte de las reflexiones que siguen ya han sido formuladas, o al menos apuntadas, en las páginas precedentes. Con todo, parece conveniente que se manifiesten en este momento como un esbozo de programa políticocriminal, que sirva al mismo tiempo como conclusión de este trabajo.

La tutela directa de intereses propios de colectivos identitarios es poco frecuente en nuestro ordenamiento jurídicopenal. Y así debe continuar. Son los intereses individuales de las personas integrantes de esos colectivos, que pertenecen a ellos por poseer unas cualidades personales comunes, los que, en la mayoría de los casos, deben tener el protagonismo.

La continuada ampliación del número de colectivos identitarios a cuyos integrantes se les dispensa una tutela penal reforzada, debe interrumpirse y en parte revertirse. No es suficiente con que existan grupos de personas conscientes de que comparten ciertos rasgos comunes y deseosos de que se les reconozcan, para que deban gozar de una tutela penal, y menos reforzada. Es preciso que quede bien acreditado que tienen necesidades específicas de protección. Y, además, que necesitan al derecho penal para atenderlas. La utilización del derecho penal para realizar labores de ingeniería social o para decantar debates ideológicos en curso no está legitimada.

¹⁷⁷ Véase apartado 4.2.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

A tales efectos, es muy conveniente atender a la diferente génesis de esas cualidades personales que crean vulnerabilidad, en el sentido señalado en páginas precedentes.¹⁷⁸ Y, una vez bien determinado su origen, analizar cuidadosamente todos los mecanismos de intervención disponibles en el Estado social, fuera y dentro del control social, para escoger aquellos más eficaces y menos disruptivos de otros bienes sociales. Por ambos motivos, el control social penal habrá de quedar, en la mayoría de las ocasiones, en un segundo plano.

Incluso cuando haya que acudir a él, técnicas hoy en día de gran predicamento, como las leyes integrales, han demostrado casi siempre su incapacidad para emanciparse de las previsiones penales en ellas contenidas. Es, sin duda, un acierto agrupar en una sola disposición normativa todas las previsiones legales encaminadas a resolver un problema colectivo. Pero la preeminencia que las previsiones penales adquieren en nuestra sociedad, por motivos que ahora no es el caso exponer, hace que el rico y diverso contenido prescriptivo quede contaminado por una percepción social punitiva del problema. Eso supone una indeseable criminalización de las políticas públicas.

Ya en el derecho penal, la vulnerabilidad de las personas integrantes de esos colectivos debe ser constatada en el caso concreto. Eso debiera valer también para personas miembros de colectivos cuya vulnerabilidad se da por sobreentendida, como menores o discapacitados, y sin perjuicio de que en la mayoría de estos casos la prueba resulte más fácil.¹⁷⁹ Aun cuando se mantenga esa vinculación al caso concreto, me parecen desafortunadas las propuestas de crear cláusulas generales de vulnerabilidad, que terminarán por incrementar, en lugar de reducir, el número de colectivos identitarios a cuyos integrantes se les sobreprotege.¹⁸⁰

Es preciso reconsiderar algunas decisiones políticocriminales cada vez más frecuentes.¹⁸¹ En especial, se ha de asegurar que el titular de intereses individuales mantenga la más amplia disponibilidad posible de estos, con restricciones predominantemente determinadas por sus capacidades individuales. En todo caso, se deben impedir límites ligados a intereses autónomos de colectivos identitarios.

En ese sentido, se deben revisar los supuestos de irrelevancia del consentimiento existentes, especialmente en adultos, pero también en menores o discapacitados. Además, los límites de edad del consentimiento sexual en los menores de edad son en

¹⁷⁸ Véase apartado 4.1.

¹⁷⁹ Hay un creciente acuerdo doctrinal sobre la conveniencia de comprobar la vulnerabilidad en el caso concreto, aunque no siempre se extiende a los integrantes de todos los colectivos. Véanse, entre otros, Moya Guillén, 2023, pp. 306-313; Buonsignore Fouquet, 2023, pp. 49-57; Gutiérrez Pérez, 2023, pp. 224 y ss.

¹⁸⁰ Véanse propuestas en ese sentido en Moya Guillén, 2023, pp. 313-315; Fernández-Pacheco Estrada, 2023, p. 87; Buonsignore Fouquet, 2023, p. 59, con dudas.

¹⁸¹ Véanse los ejemplos mencionados en apartado 4.3, sobre los que ahora no me voy a detener.

exceso elevados e indiscriminados, no respondiendo ni a la realidad de la evolución sexual individual ni a las prácticas sociales. Se explican en gran parte por una manifiesta falta de confianza en la capacidad socializadora de las instituciones de control social no penales, sin perjuicio de una renovada moralización, ahora *progresista*, de las relaciones sexuales.¹⁸²

Asumida la relevancia del consentimiento, deberíamos ser muy cautos y, en todo caso, consecuentes a la hora de establecer ciertas cualificaciones de este, derivadas de la naturaleza de los intereses protegidos o del contexto en que se produce. Si la trascendencia de los intereses implicados exige esas precauciones en la eutanasia, las lesiones e incluso el aborto, las aparentemente introducidas en el consentimiento sexual de adultos son innecesarias y una buena muestra de la filtración de intereses de colectivos identitarios. Por lo demás, el contexto no justifica, ni la agravación de las conductas sexuales no consentidas en la pareja,¹⁸³ ni cláusulas de proximidad de edad, por lo demás cada vez más estrictas, que intentan enmascarar los exagerados límites del consentimiento sexual en los menores. De nuevo, parece que hay otros intereses, no individuales, en juego.

Es preciso igualmente reevaluar la selectiva reducción de los delitos semiprivados y de la admisión del perdón respecto a individuos integrados en colectivos identitarios. En términos generales, hay buenas razones para restringir estas instituciones procesales,¹⁸⁴ pero llama la atención que se considere necesario establecer restricciones más severas, que imposibilitan incluso la actuación del representante legal, en casos de domésticos, menores y discapacitados. Es fácil colegir que representaciones identitarias están detrás de esas decisiones.

Se han de reconsiderar igualmente decisiones legislativas que reflejan actitudes paternalistas, mediante las que no acaba de reconocerse la autonomía, o se retrasa, a veces hasta bien entrada la edad adulta, de individuos integrantes de colectivos identitarios. Si lo primero es algo difusamente perceptible en muy diversos momentos de la tutela reforzada de las personas consideradas vulnerables, lo segundo ofrece ejemplos señeros, como el prolongado aplazamiento del inicio del cómputo de la prescripción en numerosos delitos sufridos por menores.

También se deberían replantear aquellas previsiones legales específicas que ven injustos adicionales al daño producido a los intereses individuales, injustos que en realidad suponen la tutela indirecta y subrepticia de intereses colectivos identita-

¹⁸² Relevante al respecto Ramos Vázquez, 2016, pp. 90-109.

¹⁸³ Véase también, entre otros, Gil Gil, 2023, pp. 815 y ss., en especial 820-821, 824; Díaz García y Conlledo/Trapero Barreales, 2023, pp. 1353-1375. En sentido contrario, Acale Sánchez/Faraldo Cabana, 2023, pp. 1208-1216.

¹⁸⁴ Yo mismo he tenido ocasión de pronunciarme reiteradamente al respecto en Díez Ripollés, 1985, pp. 188-196; del mismo, 2004b, pp. 576-586; del mismo, 2020a p. 863.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

rios.¹⁸⁵ Intereses que acaban siendo los únicos protegidos cuando la lesividad individual desaparece en comportamientos típicos en los que no comparece la víctima individual.

En definitiva, y con algunas excepciones, resulta en extremo conveniente desactivar la consolidación de intereses colectivos identitarios en el derecho penal, teniendo bien presente que generalmente se filtran a través de la protección reforzada de ciertos intereses individuales. Lo procedente sería depurar los contenidos de tutela afectados, de modo que se recondujeran a genuinos intereses individuales o, en ciertos casos, a intereses generales, del conjunto de la sociedad.¹⁸⁶

Soy consciente de que esta segunda opción tiene un grave riesgo de generar un fraude de etiquetas, en especial si construimos bienes jurídicos vagos e imprecisos, ligados a principios o valores, sin una precisa acreditación de la lesividad del comportamiento. Eso se podría contrarrestar si se invirtiera el mayoritario modo de proceder al determinar el objeto de tutela: primero habría de identificarse empíricamente el daño social producido, y solo entonces se procuraría construir un concepto de bien jurídico que reflejara el interés al que ese daño afecta.¹⁸⁷ En cualquier caso, esta alternativa, siempre preferible, por las razones ya dichas, a crear intereses autónomos de colectivos identitarios, debería ser utilizada de modo excepcional.

Por último, es claro que el proceso social y parlamentario de elaboración de las leyes penales necesita por muchos motivos una profunda renovación para garantizar un debate público libre y en condiciones de igualdad de los diversos agentes sociales. También lo es que uno de sus puntos débiles más evidentes son las pretensiones de exclusividad sobre ciertos asuntos que demandan para sí algunos grupos de interés que se arrojan la representación de ciertos colectivos identitarios. Es preciso evitar un monopolio u oligopolio en ciertas decisiones legislativas, que puede acabar llevándonos a un derecho penal alejado del Estado de derecho socioliberal y más propio de un Estado social comunitario, fragmentado y iliberal.

¹⁸⁵ En términos cercanos, Lascraín Sánchez, 2023, pp. 859-861.

¹⁸⁶ Un caso especialmente claro es el referido a la tutela penal reforzada de la mujer. Ante todo, es difícil hablar de que integra un colectivo identitario, que estaría constituido por más de la mitad de la población. Pero lo cierto es que, primero en el ámbito doméstico, luego en el de la pareja, y finalmente como género diferenciado, se la está tratando penalmente como tal. A mi juicio, la lucha contra la estructura patriarcal de la sociedad ha de transitar de forma predominante al margen del derecho penal y es un error verla como un problema de orden público. Ya en ese sentido, Díez Ripollés, 2004c, pp. 20-21. Con la experiencia acumulada en estos años añadiría que es urgente realizar un esfuerzo por sacar al género, como objeto directo o indirecto de tutela, del derecho penal. Es hora de identificar en lugar de ello intereses penales individuales o generales hasta ahora desatendidos, que han ido saliendo a la luz en estos años de encuentro con el feminismo, que puedan referirse tanto a mujeres como a hombres. El tratamiento de la cuestión exigiría de un espacio del que ahora no dispongo.

¹⁸⁷ Véanse desarrollos en ese sentido en Soto Navarro, 2003, pp. 170 y ss.; Martín Pardo, 2017, pp. 31 y ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Acale, M. y Faraldo, P. (2023). Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja y expareja. En J. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo, E. García (Dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 1201-1216) (2ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Alonso, M. (2014). Protección penal de la igualdad y derecho penal de género. En M. Alonso, *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Alonso, M. (2015). La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015. *Cuadernos de política criminal*, (17).
- Alonso, M. (2020). Razones de género y motivos discriminatorios. En M. Pérez (Coord.) y S. Huerta (Hom.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.
- Blanco, I. (2023). La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Buonsignore, D. (2023). Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cabrera, M. (2019). Delitos de piratería. En F. J. Álvarez (Dir.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial, V*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Carrasco, M. M. (2011). Delitos relativos a los mercados y los consumidores. En F. J. Álvarez (Dir.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. II*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Montevideo: B de F.
- Cisneros, F. (2018). Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados. *Revista penal*, (42).
- Cisneros, F. (2023). La cláusula in fine del art. 22. 4ª CP: toma de postura del legislador respecto al fundamento de la agravante de discriminación. En J. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo y E. García (Dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Daunis, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Daunis, A. (2021). Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio. En P. Laurenzo, A. Daunis (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Albolote: Comares.
- De la Mata, N. J. (2022). La víctima en derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial. *Revista penal*, 50.
- Del Rosal, B. (2009). ¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad? *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11-08.
- Del Rosal, B. (2023). La (caótica) política criminal española del siglo XXI: entre el derecho penal de la seguridad, el derecho penal identitario, la armonización europea y el derecho penal a la carta. En J. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo y E. García (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Díaz y García, M y Traperó, M. A. (2023). La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja. En J. M. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo y E. García (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, 2ª edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Díez, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual*. Barcelona: Boch.
- , 1997a, De las amenazas. En J. L. Díez y L. Gracia (Coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial. I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- , 1997b, El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista, *Jueces para la democracia*, (30).
- , 2004^a. De los delitos contra los derechos y deberes familiares. En J. L. Díez, C. M. Romeo y P. Laurenzo (Coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial. II*, Valencia: Tiran Lo Blanch.
- (2004b). Arts. 191-194. En J. L. Díez, C. M. Romeo y P. Laurenzo (Coords.) *Comentarios al código penal. Parte especial, II*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- , 2004c. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 06-03.
- , 2008. La criminalización de las políticas públicas. *Diario El País*, 3 de julio de 2008.
- , 201, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- , 2015, *Delitos y penas en España*. Madrid: Catara.
- Díez, J. L., Cerezo, A. I. Cerezo y Benítez, M. J. (2017). *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*. Valencia: Tiran Lo Blanch.

- Díez, J. L. (2020a). *Derecho penal español. Parte general* (5ª ed.). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- , (2020b). *Política criminal y derecho penal. Estudios. I.* (3ª ed.). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Durán, C. (2023). La especial vulnerabilidad de la víctima en el derecho procesal penal español. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Fernández-Pacheco, C. (2023). Vulnerabilidad y derecho penal internacional. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Fernández, J. A. (2019). Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, V*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- García, D. (2018). *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*. Madrid: Marcial Pons.
- García, D. (2023). Política criminal y género: breves apuntes desde el modelo penal de la seguridad ciudadana. En J. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo y E. García (Dir.). *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Garrocho, A. M. (2019a). Delitos de genocidio. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, V*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Garrocho, A. M. y Otero, P. (2019b). Delitos contra el derecho de gentes. En Álvarez García (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, V*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gil, A. (1999a). *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente.
- , (1999b). *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos.
- (2023). La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. En J. Muñoz, O. García, A. I. Cerezo y E. (Dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Grupo De Estudios De Política Criminal (2002). *Una propuesta de justicia penal internacional*. Valencia.
- Guardiola, J. (2022). La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos. *Revista de derecho penal y criminología*, (28).

Los colectivos identitarios y la tutela penal

- Gutiérrez, E. (2023). El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Landa, J. (2018). *Los delitos de odio*. Valencia Tirant Lo Blanch.
- (2021). Delitos de odio y sentido de tutela: Reflexiones al hilo del caso Altsasu (STS 458/2019). En P. Laurenzo y A. Daunis (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Albolote: Comares.
- Lascuraín, J. A. (2023). Las cláusulas concursales específicas, en Muñoz Sánchez; García Pérez; Cerezo Domínguez; García España (drs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Laurenzo, P. (1996). La discriminación en el código penal de 1995, *Estudios penales y criminológicos*, 19.
- (2008). La violencia de género en derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo. En P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. M. Rubio (Coords.), *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- (2021) No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los delitos de odio. En P. Laurenzo y A. Daunis (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Albolote: Comares.
- Liñán, A. (2019). Delitos de lesa humanidad. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, V*. Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Luzón, D. M. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. (3ª ed.). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Malón, A. (2020). *La doctrina del consentimiento afirmativo: origen, sentido y controversia en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Maqueda, M. L. (2020). La deriva punitivista del feminismo institucional: retos pendientes. En M. Pérez (Coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.
- Martín, A. (2017), *Los daños sociales derivados del delito urbanístico*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (2015), *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*. (5ª ed.). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- Mir, S, Gómez, V. y Valiente, V. (Cols.). (2016). *Derecho penal. Parte general, 10ª edición*. Barcelona: Reppertor.
- Morillas, L. (2021), *Sistema de derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson.

- Moya, C. (2023). La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez, A. (2023). El enfoque de género en el derecho penal español. Superando las críticas de un derecho penal de autor y paternalista. *Revista penal*, 51.
- Pomares, E. (2021). El delito de trata de seres humanos. En Álvarez García (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I* (3ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Portilla, G. (2011). Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, II*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2016). La represión penal del ‘discurso del odio’. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, IV*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez, J. L. (2019). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ramírez, J. L. (2021). ¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la defensa penal? En defensa de una ley menos integral, *IgualdadES*, 3(5).
- Ramos, J. A. (2016). *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Roca, L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I*. (3ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage. München.
- Sánchez, J. M. (2021a). Amenazas. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez, J. M. (2021b). Matrimonio forzado. En F. J. Álvarez (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sandoval, J. C. (2023). Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del derecho penal? El caso de la vulnerabilidad victimal. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez-Moraleda, N. (2023). Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Los colectivos identitarios y la tutela penal

- Soto, S. (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Albolote: Comares.
- Tapia, P. (2023). La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad. En C. Moya (Dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Villacampa, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos*. Cizur Menor: Aranzandi.

