

FACULTAT DE DRET



Trabajo Final de Grado

***EL ESTADO ACTUAL
DEL IUS PUNIENDI: EL
CASO ESPECIAL DE LA
LLEI 11/2014 DEL
PARLAMENT DE
CATALUNYA***

Autor: Constanza Ledesma

NIUB: 16129352

Tutor: Antonio Giménez Merino

Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona

Curso 2014/2015

ÍNDICE

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	5
II. HISTORIA Y ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	8
1. Breve panorámica histórica: del siglo XVII a la crisis del Estado del Bienestar	8
2. Un problema de legitimidad: ¿unidad o dualidad del Ius Puniendi?	12
3. La discusión doctrinal sobre las diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador	15
3.1 La diferencia cualitativa	16
3.2 La diferencia cuantitativa	18
3.3 La diferencia formal	19
3.4 La verdadera diferencia	20
III. COMENTARIO A LA <i>LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO</i>	22
1. La técnica legislativa	22
2. Expansión del Derecho penal: nuevos delitos y penas	24
3. Autores y víctimas. El debate del derecho antidiscriminatorio y la respuesta del Tribunal Constitucional	25
4. Luces y sombras de la protección de la mujer a través del derecho penal	29
IV. LA NUEVA <i>LLEI 11/2014, DE 10 D'OCTUBRE, PER A GARANTITZAR ELS DRETS DE LESBIANES, GAIS, BISEXUALS, TRANSGÈNERES I INTERSEXUALS I PER A ERADICAR LA HOMOFÒBIA, LA BIFÒBIA I LA TRANSFÒBIA</i>	31

1. La técnica legislativa	31
2. Sobre las infracciones	32
3. Sobre las sanciones	35
4. Experiencia en <i>Homes Igualitaris</i>	39
5. Luces y sombras de la protección del colectivo LGBTI a través del derecho administrativo	39
V. CONCLUSIONES	42
VI. BIBLIOGRAFÍA	47
A) Fuentes bibliográficas	47
B) Otras fuentes doctrinales	48
C) Fuentes normativas	51
VII. ANEXOS	52

La libertad siempre genera más conflictos que la dominación

Manuela Carmena

Cuanto más grave es un problema social, más importante es no dejarse llevar, al afrontarlo, por el muy comfortable aplauso general en el que se desarrollan las políticas de unanimidad

Lawrence Weschler

I. INTRODUCCIÓN

En el trabajo que aquí exponemos, hemos realizado un análisis sobre el estado actual del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, pues, como es bien sabido, los límites entre estas ramas del Derecho siempre han sido confusos y han creado mucho debate a nivel doctrinal. En estos últimos tiempos, como veremos, el debate ha ido a más, dada la proliferación de normas tanto de carácter penal como administrativo y, sobre todo, como consecuencia de algunos hechos muy recientes.

Uno de estos hechos es la nueva ley aprobada por la Generalitat de Catalunya el 10 de octubre de 2014: la *Llei 11/2014, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgèneres i intersexuals i per a eradicar la homofòbia, la bifòbia i la transfòbia*. Mediante esta ley se crea un abanico de sanciones de naturaleza administrativa dirigidas a evitar la “discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género” y que ayudarán a fomentar “valores de igualdad, respeto y tolerancia entre los ciudadanos”, según el Preámbulo de la propia Ley.

La fuente principal que hemos utilizado durante este proyecto ha sido la doctrina, que nos ha servido para contrastar opiniones y poder formarnos una idea propia. Dada la cantidad de referencias recogidas, hemos considerado oportuno introducir ciertas ideas, tanto doctrinales como propias, en letra menor y con sangría, para así agilizar la lectura del trabajo. La doctrina es, por tanto, la fuente preponderante, pero no la única: también hemos realizado referencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, así como analizado datos del Instituto Nacional de Estadística, para ofrecer datos objetivos sobre las cuestiones tratadas, entre otros.

En cuanto al cuerpo, el análisis se estructura en tres grandes bloques, una concatenación de temas en el que cada uno nos servirá para introducir el siguiente.

El primero de los apartados es un breve resumen histórico, un repaso por la evolución del derecho administrativo sancionador y el derecho penal que nos ayudará a comprender un poco mejor el contexto actual, la expansión que han sufrido ambas ramas, el derecho penal del enemigo, “la sociedad del riesgo”, el derecho antidiscriminatorio, etc., así como alguna cuestión controvertida como es el debate sobre la unidad o dualidad del *Ius Puniendi* del Estado. Para concluir este tema expondremos las teorías doctrinales que existen sobre las diferencias entre el derecho administrativo sancionador y el penal, en consonancia con el objetivo final del trabajo consistente en formular una interpretación crítica del estado de la cuestión.

En segundo lugar, para aproximarnos al campo del derecho penal, comentaremos la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ayudándonos de los numerosos comentarios que ha originado entre la doctrina. Se trata, a diferencia de la Ley que tocaremos en el apartado posterior, de una norma con más de diez años de trayectoria y ampliamente aplicada, por lo que de ella pudimos encontrar mucho material jurisprudencial y doctrinal.

Por cuanto se refiere al apartado específico de Derecho Administrativo Sancionador, tomaremos como punto de partida la nueva *Llei* 11/2014, que ya comentábamos al principio. Nos encontraremos, en este caso, con una norma de rabiosa actualidad de la que aún no encontramos gran material. Por ello, para poder analizarla tuvimos que compararla con normas que castigan conductas similares (delitos del Código Penal), así como con la *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, pues, tanto la primera como ésta última, son normativas específicas destinadas a luchar contra la desigualdad.

Además, completaremos este apartado con las observaciones prácticas extraídas de la experiencia personal en la *Associació Homes Igualitaris*¹, una asociación comprometida con la lucha por la igualdad desde el punto de vista poco tratado de la crítica interna al modelo de masculinidad dominante. Utilizaremos esa experiencia como apoyo para dar una visión un poco más práctica al trabajo.

Finalmente, obtendremos una respuesta a las siguientes cuestiones iniciales:

¹ <https://homesigualitaris.wordpress.com/>

- ¿Hace bien la Llei 11/2014 al acudir al Derecho Administrativo Sancionador para proteger los Derechos que en ella se recogen? (y, por tanto, ¿estamos ante un medio insuficiente para proteger los Derechos en juego, por lo que debería delegarse esta materia al legislador penal?)
- En caso de ser considerado insuficiente, ¿sirve el Derecho Administrativo Sancionador como una norma creadora de instituciones mentales consistentes?
- Y, en última instancia, ¿es la proliferación de normas punitivas la solución adecuada para prevenir las conductas discriminatorias? ¿Deberíamos procurar recurrir a otros medios para conseguir nuestros objetivos? ¿Estamos ante un caso de populismo punitivo y de lo que se denomina “gobernar a través del delito”?

II. HISTORIA Y ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Breve panorámica histórica: del siglo XVII a la crisis del Estado del Bienestar

Para comenzar será necesario hacer un breve resumen histórico que nos permita contextualizar el actual estado de cosas en lo relativo al objeto formal de este trabajo.

Cabe remontarnos al siglo XVII y anteriores: en la época absolutista, sólo los Jueces y Tribunales eran competentes para ejercer el *ius puniendi* del Estado, aunque sus funciones eran un híbrido construido entre la potestad judicial y la potestad administrativa, tal y como hoy las conocemos.

No fue sino a partir del siglo XVIII, con la *separación de poderes* propia de la Revolución Francesa, cuando las sanciones administrativas, como tales, empezaron a imponerse por órganos no judiciales. El hecho de que la Administración pudiese (y aún pueda) ejercer el *ius puniendi* se traduce, efectivamente, en que dicha separación de poderes nunca se ha llevado a la práctica de forma estricta: de ser así, y como veremos más adelante, la potestad sancionadora sólo recaería sobre el brazo judicial del Estado.

Desde ese entonces y hasta ahora, por tanto, en España, se han tenido como compatibles las potestades de ambos órganos, construyéndose el Derecho Administrativo Sancionador, en un principio, con la finalidad de dotar a la Administración de una potestad de autoprotección: éste le permite proteger su organización y orden interno. Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA consideran que esta potestad se caracteriza por cuatro manifestaciones:

1. Las sanciones disciplinarias, que la Administración impone a sujetos que mantienen con ella una relación de sujeción especial (por ejemplo, con los reclusos)
2. Las sanciones de policía demanial, mediante las que se protegen los bienes homónimos
3. Las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, con las que se dejan sin efecto este tipo de actos por la conducta ilegal de su titular

4. Y las sanciones tributarias, con las que se sanciona a quien infringe las normas de este ordenamiento

Sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA encuentra un segundo tipo de potestad en el ámbito administrativo, consistente en mantener el orden social en su conjunto: la de “heterotutela”. Ésta ha ido expandiéndose en este último tramo de la historia, un período caracterizado por la desregulación propia de los años ochenta y la crisis del Estado del Bienestar, que podríamos llamar la época postmoderna. Así, la práctica nos ha demostrado que el Derecho Sancionador ha extendido su campo desde aquel inicial objetivo de autoprotección hasta hacer suya la protección del orden social general, en pro de la “seguridad ciudadana y el orden público”.

Una seguridad ciudadana que es consecuencia de la institucionalización de la inseguridad que reina en las sociedades del riesgo (alimentado sobre todo por los medios de comunicación y las noticias sobre epidemias, desastres naturales, mafias...). Según BECK², en estas sociedades la nueva percepción del riesgo se presenta como colectiva y catastrófica, ajena a las posibilidades del sujeto; habla de una “democratización” del riesgo. Tal y como veremos a continuación, dentro del ámbito penal esto se ha traducido en el alza de los delitos de peligro, que no exigen una lesión efectiva ni una puesta en peligro del bien jurídico protegido, en detrimento de los delitos de resultado³. Según NIETO, esta es una de las diferencias entre ambos Derechos: el Penal es “represor”, y se limita a reparar, mientras que el Sancionador Administrativo pretende “prevenir” la infracción antes de que se cometa. Estas diferencias las estudiaremos en el apartado correspondiente, más adelante.

Ello se ha traducido, en Europa, en una despenalización de ciertas conductas delictivas con el objetivo de encontrar una respuesta a las mismas por vía administrativa⁴ (tenida como más eficaz que la vía jurisdiccional penal, aunque se pierdan garantías por el camino y aunque estos argumentos no sean por sí sostenibles). Como muestra un botón: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana* (conocida popularmente como “Ley Mordaza” o “Antiprotesta”), aprobada en el

² Sobre este tema vid. BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: ed. Paidós.

³ Citando a BAJO FERNÁNDEZ: “Para la Escuela de Frankfurt (Hassemer, Prittwitz, Naucke...) el Derecho penal no estaría protegiendo bienes jurídicos sino que sería un proceso de conducción de movimientos sociales. Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados sino para que pasen a serlo. El Derecho penal del riesgo no castiga, sino que tranquiliza con la prevención de situaciones problemáticas, crea delitos de desobediencia con los delitos de peligro abstracto y pone en peligro los principios básicos del Derecho penal liberal” (subrayado añadido en este trabajo) (2008, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, Barcelona: InDret, *Revista para el análisis del Derecho*, p.5 (Recensión a FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Bogotá))

⁴ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (1995). “Despenalización y crisis del derecho administrativo sancionador”, *Actualidad administrativa*, Nº 13, (págs. 189-191).

Congreso con el voto favorable de los diputados del mismo partido que el Gobierno y que, antes de llegar a Ley ya había sido rechazada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Esta Ley, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, pretende, implícitamente, reducir Derechos Fundamentales de los ciudadanos, principalmente como reacción a los movimientos populares que han proliferado desde la eclosión de la crisis del 2008, como el “15-M” (recordemos que en éste último movimiento se utilizaban tiendas de campaña y, casualmente, una de las infracciones que recoge la Ley de Seguridad Ciudadana es “la colocación no autorizada en la vía pública de elementos o estructuras no fijas”). En este caso, por tanto, la potestad sancionadora de la Administración se convierte en un medio de la misma para controlar a la población mediante multas administrativas⁵.

Debemos destacar que uno de los motivos que alegó el Legislador al retirar estas conductas del Código Penal fue que las mismas no eran lo suficientemente graves como para sancionarse por la vía penal. Sin embargo, al introducirlas como infracciones administrativas, impuso por su comisión un castigo mayor del que recibían en el texto penal (las sanciones que castigan faltas muy graves dentro de la comentada Ley podrán llegar a los 600.000€), perdiendo, a su vez, las garantías que rodean el proceso penal (por ejemplo, uno de los privilegios de la Administración es el de la autotutela ejecutiva: las sanciones que ésta impone pueden ejecutarse forzosamente antes de que lo ratifique un juez, en caso de que el sancionado no cumpla voluntariamente). Parece que estamos, por tanto, ante un claro caso de lo que en derecho se denomina “fraude de etiquetas”.

En lo que se refiere al derecho penal, a partir de la crisis del Estado del Bienestar (básicamente desde la década de los ochenta en adelante) la doctrina comenzó a plantearse una minimización de su campo de actuación. Sin embargo, ello nunca sucedió en la práctica, al contrario, las políticas criminales europeas siguieron el camino opuesto, ampliando cada vez más el contenido de los Códigos Penales, al igual que hemos visto con el derecho sancionador.

Algunos autores llaman a este fenómeno “administrativización” o “expansión” del derecho penal, puesto que ilícitos que antes constituían únicamente infracciones administrativas pasan ahora a ser castigados por la ley penal (sobre todo delitos relacionados con el sector económico y con el medio ambiente, pero también aquellos

⁵ ALONSO, E.M. (2014). “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Un análisis desde el punto de vista de la burorrepresión y del derecho policial del enemigo”. Revista *Mientras Tanto*, nº 120.

relacionados con la desobediencia civil y el orden público⁶). En definitiva, se ha generado una respuesta punitivista a la demanda de la sociedad del riesgo⁷, que también va asociada al denominado derecho penal del enemigo⁸, con el que se intenta dejar claro que el *otro*, aquél contra el que se dirige la pena, no forma parte de la sociedad, no es como *nosotros*.

En el libro homónimo, JAKOBS describe al Derecho penal del enemigo como una “de las dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal” (cursiva literal del texto original), siendo la otra el Derecho penal del ciudadano (p.24). Más adelante (p.34), afirma: “*El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. [...] El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros*” (cursiva también literal).

Esta expansión del *ius puniendi* ha venido planteando problemas de legitimidad muy debatidos por la doctrina, puesto que la inflación legislativa ha ido atenuando cada vez más la frontera que dividía el derecho administrativo sancionador del penal.

El fenómeno expansivo ha sido duramente criticada por autores como SILVA SÁNCHEZ, que así lo ilustra en el ejemplar *La expansión del Derecho Penal*⁹. Dicho autor considera que no es objeto del Derecho penal proteger funciones estatales ni adelantar las barreras de protección castigando delitos de peligro abstracto, porque eso supone abandonar el sentido tradicional de la pena y transformarla en un instrumento de gestión. En sus primeras páginas, citando a VON BAR, remarca: «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso [...]».

SILVA SÁNCHEZ propone, en definitiva, un Derecho Penal a tres velocidades, una gradación que permitirá aplicar las garantías del proceso de forma más o menos rígida dependiendo de la conducta delictiva y de la pena que ésta conlleve.

⁶ Así lo demuestra el texto de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995. Mediante esta Ley se modifican, entre otros, el arts. 550, que recoge el ‘atentado contra la autoridad’, y el 556, la ‘desobediencia y resistencia pasiva’, pasando a castigarse con penas de uno a cuatro años en el primer caso y de tres meses a un año en el segundo (pues recordemos que se eliminan las faltas, pasando éstas a ser delitos leves). La desobediencia, cuando no sea constitutiva de delito, se castigará mediante en la Ley de Seguridad Ciudadana que ya hemos citado; la sanción prevista es la multa, que irá desde los 601 hasta los 30.000€.

⁷ BECK, U. (2006). *Op. cit.* nota al pie nº 2.

⁸ JAKOBS y CANCIO MELIÁ (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Ed. Aranzadi.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2008). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo: Ed. B de F.

Una de las nuevas facetas que ha abarcado el derecho penal en su expansión es el denominado “derecho antidiscriminatorio”, que se caracteriza por “intentar paliar la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo [...] frente a quienes pertenecen a otro”¹⁰; es decir, tiene un carácter intergrupar. No debemos olvidar que este derecho antidiscriminatorio parte de una concepción de igualdad ficticia¹¹ y que, dentro de las esferas del Derecho, no cabe hablar de desigualdad porque todo el mundo es “igual ante la ley”. Como remarca BARRÈRE, el concepto moderno de igualdad (que se basa en la “indiferenciación”) intenta regir de forma universal y abarcar a toda la humanidad cuando, en realidad, es de corte individualista, pues se basa en el modelo de varón, blanco y con poder adquisitivo¹².

De este derecho surge la denominada Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo análisis realizaremos en el apartado III del trabajo. La novedad, sin embargo, recae sobre la *Llei 11/2014, de 10 de octubre, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènères i intersexuals i per a eradicar la homofòbia, la bifòbia i la transfòbia* que lleva el derecho antidiscriminatorio al campo del Derecho Administrativo Sancionador, protegiendo derechos que también recoge el articulado del Código Penal. Es en este momento cuando debemos plantearnos qué distingue y qué une al Derecho Penal y al Administrativo Sancionador, y si es necesaria esta doble protección.

2. Un problema de legitimidad: ¿unidad o dualidad del *ius puniendi*?

La compatibilidad entre las potestades sancionadoras de los jueces y las de la Administración, de la que hablamos en la introducción histórica, ha sido duramente criticada por autores como PARADA y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ambos entienden la permisibilidad que se le concede a la Administración como un contrasentido con la separación de poderes que rige en el Estado español, pues su aplicación de manera

¹⁰ BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003), “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º 9, p.2.

¹¹ Vid. CAPELLA, J-R. (2013), “Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis”. (Dentro de ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes: Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Ed. Trotta, p. 55).

¹² BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003), “De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español”. Revista: *Jueces para la Democracia*, n.º 51, p. 29.

estricta supondría el monopolio judicial de la potestad sancionadora, como ocurre en otros Estados europeos (Francia es un ejemplo¹³).

El Derecho Administrativo Sancionador, sin embargo, ha sido incluso reconocido de forma indirecta en el art. 25 de la Constitución Española (en adelante CE)¹⁴. Dentro de la jurisprudencia también se ha justificado la potestad de la Administración por la “conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos [de menor gravedad] y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados” (STC 77/1983, de 3 de octubre).

El precepto en cuestión, el art. 25 CE, también consagra la aplicación, con ciertas modificaciones, de los principios propios del derecho penal en las sanciones administrativas, con la conocida prohibición a la Administración de imponer penas privativas de libertad (art. 25.3 CE). Ello, sin embargo, no supone que la CE esté habilitando expresamente a la Administración para el ejercicio de la potestad sancionadora (PALMA DEL TESO¹⁵), NIETO defiende, al contrario, que se trata de un “poder ínsito natural” (NIETO).

A su vez, otros artículos constitucionales confirman esta potestad y la someten a las garantías propias de un Estado de Derecho (art. 9 CE) así como al control judicial (art. 106 CE).

Reconocidas tanto las sanciones penales como las administrativas por el texto constitucional, cabe preguntarse si estamos ante dos manifestaciones de un mismo *ius puniendi* o si se trata de dos potestades distintas.

La tesis dominante (mantenida tanto por el Tribunal Supremo: SSTs de 29 de septiembre, de 4 y de 10 de noviembre de 1980, como por el Constitucional: STC 18/1981, de 8 de junio) se basa en la **unidad del *ius puniendi* y su subdivisión en dos manifestaciones**: la potestad sancionadora de la Administración y la potestad penal de los Jueces y Tribunales.

¹³ NIETO, A. (2012). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos, p.53.

¹⁴ Decimos de forma indirecta porque lo que plantea el artículo en primera instancia es el principio de legalidad (el art. 25.1 CE sólo dice “infracción administrativa”).

¹⁵ PALMA DEL TESO, A. (1996). *El Principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.

Por tanto, he aquí la primera característica común entre ambos ilícitos: las sanciones, en ambos casos, son impuestas por el Estado¹⁶ (pues es éste quien tiene el monopolio sobre el *ius puniendi*, aunque utiliza organismos distintos para hacerlo) y las dos sanciones serán tenidas como castigos (ya que el latinismo *ius puniendi* se traduce como “derecho a castigar”). De este común denominador también se extrae su diferenciación de otras medidas jurídicas que se adoptan ante la infracción de las demás normas del ordenamiento, como sería un ilícito civil o mercantil.

Aunque no tengamos espacio para detenernos en ellas, nos parece interesante traer a colación en este momento las cuestiones que plantea GARCÍA AMADO¹⁷ en referencia al poder punitivo del Estado. Hablamos en todo momento del Estado como un sujeto que ‘impone sanciones’, que ‘tiene un monopolio’, pero realmente “El Estado nada hace ni deja de hacer por sí. Todo querer del Estado es un querer de alguien que no es el Estado, sino que cumple una función dentro del esquema, jurídicamente plasmado, de ese constructo artificial y artificioso que llamamos Estado”¹⁸.

Pero, ¿en qué se refleja esta unidad del *ius puniendi*? ¿Los principios constitucionales en materia sancionadora se comunican y aplican indistintamente en cualquiera de sus dos manifestaciones? La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un primer momento, afirmó en su STC de 9 de febrero de 1972 (y lo reiteró en su STC 18/1981, de 8 de junio de 1981¹⁹) que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del orden punitivo del Estado”.

Ello significó el reconocimiento por el Tribunal Constitucional del carácter retributivo de ambas sanciones. Las STC 2/1987 y la STC 10/1988 concretaron algunos de aquellos derechos que regían ampliamente en el Derecho penal y no podían hacerlo del mismo modo en el administrativo sancionador: el derecho a la publicidad y al juez imparcial, y aquellos otros que sí que debían aplicarse de igual manera: el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la prueba y el derecho al debate sobre la calificación de las conductas que dan lugar a la infracción, así como, en especial, el debate sobre la sanción.

¹⁶ Debemos aclarar que aquí nos referimos al Estado como organización: la CE ya se encarga de dividir las competencias en materia penal y en materia administrativa.

¹⁷ Vid.: (2008) “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites (dentro de: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*: Tomo I. Número 280-281.

¹⁸ GARCÍA AMADO (2008). *Op. cit.* Nota al pie nº 17, p.16.

¹⁹ Así como también en: STC de 4 febrero 1983 y la comentada STC de 3 octubre 1983; y el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en SSTs de 18 febrero 1981 y de 15 julio 1982.

Finalmente, fue la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* la que, en su Título IX, se encargó de recoger aquellos principios que deben regir también en la potestad sancionadora. Dentro de su Exposición de Motivos (apartado 14) encontramos una referencia expresa al art. 25 CE, puesto que se afirma que el mismo “trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad”. Estos principios serán: el de legalidad (art. 127), irretroactividad (art. 128), tipicidad (art. 129), responsabilidad (art. 130), proporcionalidad que reúne también la prohibición a la Administración de imponer penas privativas de libertad (art. 131) y no concurrencia de sanciones o *ne bis in idem* (art. 133).

3. La discusión doctrinal sobre las diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador

Las soluciones encontradas por el Tribunal Constitucional y la Ley en cuanto a las características y principios que comparten ambas especialidades no han servido para ahogar el debate doctrinal sobre las diferencias entre ellas. De hecho, la STC 76/1990, de 26 de abril, reconoce expresamente (en relación con los matices de los que habla la STC de 9 de febrero de 1972) que “los principios constitucionales” no pueden aplicarse automáticamente del Derecho penal al administrativo, pues se deben “ponderar los aspectos que diferencian a uno y a otro sector”.

Aunque pueda parecer una mera cuestión teórica, la solución que adoptemos tendrá una gran relevancia en el plano práctico: de las diferencias que creamos que existen entre ambas ramas dependerá la aplicación de los principios que rigen en el Derecho penal en el marco de las sanciones administrativas.

Entre la doctrina, la discusión se ha dividido en cuatro posicionamientos:

- aquellos que mantienen la diferencia cualitativa o sustancial, puesto que creen que cada rama protege cosas distintas y, por tanto, las finalidades de sus sanciones son dispares

- aquellos que sostienen que la diferencia es cuantitativa, por tanto lo que hace distintos a estos campos del Derecho es la gravedad de las sanciones que imponen
- aquellos que opinan que no se trata de ninguna de las anteriores, sino más bien de una diferencia de carácter formal
- y, finalmente, añadimos la opinión de ciertos autores que entienden que, más allá de todas estas discusiones, hay diferencias que no dependen de la perspectiva que se adopte, sino que son irrefutables.

3.1 La diferencia cualitativa

Los autores que defienden la diferencia cualitativa o sustantiva, creen que la finalidad de las sanciones, así como aquello que se protege mediante las mismas, es distinta en estas ramas del derecho.

En la doctrina alemana encontramos claros ejemplos de esta teoría, que se fundamenta en el bien jurídico protegido y en la conexión de la ética con el derecho. Por ejemplo, el filósofo alemán LANGE mantiene que los delitos que recogen las leyes penales son “naturales” (también denominados *mala in se*), que dependen en cada momento de la reprochabilidad ético-social, mientras que las infracciones recogidas en las leyes administrativas son “artificiales” (*mala prohibita* o *prohibita quia mala*), pero no basándose en criterios iusnaturalistas, sino simplemente en que dichas infracciones son irrelevantes para la ética social. Esta postura (compartida por EB. SCHMIDT, MICHELS y MEZGER-BLEI y discutida por WELZEL²⁰) supone que el ilícito administrativo se agota “en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente” y, por ende, estaríamos ante “un ilícito puramente formal”²¹ y no ante la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico.

Los autores que se adhieren a esta teoría consideran que existe, también, una diferencia en la finalidad: por un lado el derecho penal está pensado para proteger bienes jurídicos en determinados casos concretos, siguiendo criterios de peligrosidad, y, por el otro, el derecho administrativo solamente debe mantener el orden de ciertos sectores de

²⁰ CEREZO MIR (1975), *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, p. 163.

²¹ CEREZO MIR, op. Cit. Nota al pie nº 20, pp. 163 y 164.

actividad, siguiendo para ello criterios de afectación general (esto explicaría el hecho de que los principios del derecho penal deben “flexibilizarse” en el sancionador administrativo). Siguiendo la línea establecida por LANGE, podríamos decir que la finalidad del derecho sancionador sería la de recordar, a quien desobedece, los deberes que tiene que cumplir.

En este sentido se pronuncia NIETO, como ya comentábamos en la introducción, pues considera que el derecho penal es “represor”, y se limita a reparar un daño ya producido, mientras que el sancionador administrativo pretende “prevenir” la infracción antes de que se cometa.

También FEIJOO SÁNCHEZ señala que los fines del derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales, y por ello basta con utilizar infracciones de peligro abstracto, y los del derecho penal se centran en prevenir riesgos futuros sobre la base de retribución de riesgos pasados²². Es decir, FEIJOO considera que la pena se utiliza para “pagar por lo que se ha hecho”, un riesgo que ya ha ocurrido, del que la sociedad debe aprender y que es, por sí mismo, dañino para ésta. Por otra parte, parece considerar que las infracciones que castiga el derecho administrativo previenen riesgos generales, por tanto las conductas no tienen por qué ser dañinas de una forma individual, basta con que lo sean a nivel general (en contra, BAJO FERNÁNDEZ²³).

Otro indicio de que existe una diferencia cualitativa, según SILVA SÁNCHEZ, es el hecho de que existan unas garantías especiales en el proceso penal, así como una mayor repercusión cuando a alguien se le impone una sanción mediante éste. La diferencia estriba, dice, en la distinta lesividad de ambas infracciones y en los criterios de imputación que cada una utiliza.

²² A ello añade también que, si se entiende que cada una de estas ramas cumple sus fines preventivos de forma diversa “la administrativización del Derecho penal debe tratarse como una patología”. FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Bogotá: Ed. Universidad Externado, p.206.

²³ Según este autor, la teoría de FEIJOO “no responde a la realidad del Derecho positivo” (BAJO FERNÁNDEZ (2008), “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”. Barcelona: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, P.7 (Recensión a FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Bogotá)).

3.2 La diferencia cuantitativa

Otra parte de la doctrina entiende, a pesar de lo expuesto en el apartado anterior, que entre el ilícito penal y el administrativo no existen diferencias cualitativas, por cuanto, como sostiene CERESO MIR, “desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo”²⁴. Con ello expone la diferencia cuantitativa entre estos dos tipos de infracciones, al considerar que la diferencia radica únicamente en que las conductas más graves son castigadas por el Derecho penal, dado que sus sanciones tienen consecuencias más graves, imposibles de imponer a través del Derecho sancionador.

Mantiene, el mismo autor, que el contenido de ambos Derechos es similar, así como su lógica operativa, y que la sanción del Derecho Administrativo no está exenta de un reproche ético-social, por lo que descarta el carácter puramente formal de esta rama que mantienen los autores de la primer teoría, así como la exclusión de la misma del bien jurídico. WELZEL, que como veíamos anteriormente también discute la distinción por diferencias cualitativas o sustanciales, cree que no puede hablarse de delitos naturales y artificiales, pues “el legislador no establece sus mandatos y prohibiciones para ejercitar la obediencia, sino para [...] impedir la producción de un daño”²⁵, un daño que considera que tiene un valor ético-social.

En este sentido, el propio J. CERESO MIR, pone las normas de tráfico como ejemplo para enfatizar el “sinsentido” que supone considerar la diferencia cualitativa entre ambos Derechos y la exclusión de la institución del “bien jurídico protegido” del Derecho Sancionador Administrativo, puesto que estas normas van destinadas, claramente, a proteger valores tan importantes como “la vida humana, la integridad corporal y la propiedad”.

También MIR PUIG parece decantarse por la doctrina mayoritaria, por cuanto cree que, a la hora de establecer sanciones como penales o administrativas, “[al legislador] Debe guiarle [...] el criterio de la gravedad de la sanción y dejar para el Derecho penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos”²⁶.

²⁴ P.164, CERESO MIR, op. cit. nota al pie n° 20.

²⁵ P.164, CERESO MIR, op. cit. nota al pie n° 20.

²⁶ MIR PUIG (2008). *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Reppertor. Págs. 40 a 42.

3.3 La diferencia formal

Esta propuesta se decanta por una distinción formal entre ambas ramas; es decir, que el *ius puniendi* es único y, por tanto, sus dos manifestaciones tienen los mismos fines y las mismas funciones, sin tener en cuenta qué clase de sectores²⁷ se tratan con más asiduidad en una u otra rama²⁸.

BAJO FERNÁNDEZ²⁹ expone de manera muy clara los argumentos en los que se basa esta teoría. Para empezar, al igual que TIEDEMANN, mantiene que los supuestos de hecho, las conductas, que se castigan son las mismas en ambos ordenamientos y por ello muchas veces se solapan³⁰. Según el mismo autor, la única diferencia cuantitativa que se podría hallar entre ambos sería en las sanciones que imponen.

Otros argumentos son que, mientras que las sanciones administrativas se recogen en leyes homónimas únicamente sometidas a la reserva legal en su versión ordinaria, las sanciones penales se recopilan en leyes orgánicas (ya que están sometidas al principio de legalidad en su versión más reforzada) y que, mientras que las administrativas las impone un órgano administrativo bajo un proceso también administrativo, las sanciones penales son impuestas, evidentemente, por un juez o Tribunal en un procedimiento penal.

BAJO FERNÁNDEZ afirma, también, que no es posible sostener una diferencia cuantitativa³¹. Mantiene esta hipótesis en el hecho que, en los casos en que ambos ordenamientos imponen la sanción de multa, la mayoría de las veces la respuesta del Derecho administrativo es más grave que la del Derecho penal, al contrario de lo que proclama la anterior teoría.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también parece decantarse por la diferencia formal. Ello se deduce de la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984 (conocida como caso *Oztürk*), en la que, mediante ciertos criterios, el Tribunal determina que una infracción administrativa del Estado Alemán es, en realidad, de

²⁷ Por sectores entendemos los dispares tipos de ilícitos: infracciones o delitos contra la seguridad vial, contra el orden público, etc.

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ (2008), Op. cit. Nota al pie nº 23. P.2.

²⁹ BAJO FERNÁNDEZ (2008), Op. cit. Nota al pie nº 23. P.4.

³⁰ Entendemos que está haciendo referencia, implícitamente, al principio *non bis in idem*, puesto que no existiría si, en todos los casos, las sanciones de una y otra rama protegiesen bienes distintos.

³¹ BAJO FERNÁNDEZ (2008), Op. cit. Nota al pie nº 23. P.4.

carácter penal. De esta manera entiende que no existen diferencias sustanciales entre ambos tipos de ilícitos. También alude el TEDH a la necesidad de que, al no diferenciarse en lo sustancial, ambas penas deben imponerse respetando las mismas garantías mínimas.

3.4 La verdadera diferencia

Expuestas ya las ideas y debates que genera la doctrina, queremos recordar la característica común que creemos que se mantiene incólume se acepte una teoría u otra: al provenir ambas ramas del *ius puniendi* las dos tienen la finalidad de imponer un castigo. Y, aunque las infracciones y los delitos puedan tener diferencias cualitativas, cuantitativas o formales, nadie puede defender que es lo mismo una multa pecuniaria que una pena que acarree la privación de la libertad³². Sin embargo debe reconocerse, también, que el derecho penal no impone únicamente penas privativas de libertad, y ni siquiera lo hace de forma mayoritaria.

Tal y como recogen los estudios que hemos encontrado (Anexos: Tabla I)³³, de una muestra de 1000 penas impuestas a nivel nacional, en primer lugar se sitúan las penas privativas de otros derechos con un 542,9‰ (siendo las más frecuentes la inhabilitación especial de empleo 182,8‰ y la privación del derecho a conducir 118,6‰) y, en segundo lugar, con un 253,7‰ las privativas de libertad (siendo la pena de cárcel la más relevante, con diferencia, dentro de éstas: un 252,8‰). En tercer lugar encontramos la pena de multa, no muy lejos del porcentaje anterior, con un 200,3‰.

Todo este debate doctrinal parece olvidar lo que comenta REBOLLO PUIG; y es que, aunque pueda parecer obvio, las sanciones administrativas se rigen por el Derecho administrativo y las penas derivadas de delitos se rigen por lo establecido en el Derecho penal, pero ¿qué hace que una infracción se rija por unas u otras normas?

REBOLLO PUIG, conjuntamente con IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR y BUENO ARMIJO³⁴, reconoce que los límites para considerar una

³² REBOLLO PUIG, M. (2010). “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador (Principios comunes y aspectos diferenciadores)” (dentro de: AA.VV. Directora: LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Ed. Iustel, P.324).

³³ Fuente: Instituto Nacional de Estadística (2013).

³⁴ REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR y BUENO ARMIJO (2005). “Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España: los Derechos y las Garantías de los ciudadanos”. Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia.

conducta como infracción administrativa o delito no se han recogido en la Constitución. Por ello, es el legislador, en primera y última instancia y sin ninguna “frontera infranqueable”³⁵, quien decide si existe una pena o existe una sanción. Más aún, será el legislador estatal el que decida castigar una conducta por la vía jurisdiccional mediante ley orgánica y el legislador autonómico el que decida si califica una conducta como infracción administrativa mediante ley ordinaria (según el repartimiento constitucional de competencias).

Para REBOLLO PUIG debe tenerse en cuenta, a la hora de ‘etiquetar’ una conducta, la gravedad de la sanción (el castigo que de ella se infiera) pero no se trata de un criterio determinante, puesto que como hemos comprobado anteriormente, las sanciones penales no tienen por qué ser siempre más agresivas que las administrativas.

Siguiendo la línea de REBOLLO PUIG, y de la STS de 15 de octubre de 2002, también tiene que quedar claro al legislador que la intervención mínima no va únicamente dirigida al ámbito penal, sino al *ius puniendi* en general y, así, por tanto, es aplicable al Derecho Administrativo³⁶. Atendiendo esta perspectiva no se puede entender, por tanto, que el legislador exija cierta necesidad a la pena y, sin embargo, decida aumentar proporcionalmente, sin miramientos, el número de sanciones administrativas³⁷.

En conclusión, el debate doctrinal debería centrarse más en la fijación de unos límites para el legislador a la hora de calificar las conductas. Sabiendo que el Estado de Derecho otorga, en un principio, la tarea de ejercer el monopolio del poder punitivo a los jueces, pero teniendo en cuenta también que la separación de poderes no ha funcionado (y que sería prácticamente imposible llevarla a cabo de forma estricta), lo mínimo que habría que exigirle al legislador, en beneficio de los ciudadanos, es un deber específico de justificación cuando incluya una conducta en la categoría de infracción administrativa³⁸.

³⁵ REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR y BUENO ARMIJO (2005), op. cit. Nota al pie nº 34. P.32.

³⁶ REBOLLO PUIG, M., Op. Cit. Nota al pie nº 32. P. 329.

³⁷ En referencia a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*.

³⁸ Hablamos del ‘beneficio de los ciudadanos’ por el hecho de que, según la jurisprudencia ya comentada STC 18/1981, de 8 de junio, las garantías que se proclaman en el derecho penal no son aplicables automáticamente al derecho administrativo sancionador.

III. COMENTARIO A LA *LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO*

Corresponde ahora pasar a un bloque más práctico, en el que analizaremos los beneficios y los inconvenientes de regular materias a través de uno u otro ordenamiento. Así, hemos escogido una ley penal y otra administrativa que tratan un ámbito material análogo: cada una de ellas se erige como respuesta al trato discriminatorio que reciben, por un lado, el colectivo LGTBI y, por otro, el colectivo femenino. Estamos, efectivamente, ante la *Llei 11/2014, de 10 d'octubre, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per a eradicar la homofòbia, la bifòbia i la transfòbia* y la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (a partir de ahora LOVG).

A primera vista, saltan a la vista las dos grandes diferencias entre ambas: mientras que la primera es a nivel autonómico y contiene sanciones de carácter administrativo, la segunda es estatal y, por tanto, puede acudir a otras ramas del Derecho, en este caso al Penal, para proteger al colectivo en cuestión (aunque su carácter integral incluye otro tipo de medidas también, como sociales o sanitarias).

Empecemos, por coherencia con el desarrollo seguido hasta aquí, por analizar los comentarios y críticas que ha suscitado entre la doctrina la ley penal, la LOVG, en sus ya once años de trayectoria.

1. La técnica legislativa

Ante todo, no podemos olvidarnos, al analizar esta Ley, cuál fue el objetivo que la propulsó. Su artículo primero recoge, de manera bastante sintética, la finalidad perseguida:

“[...] actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas”

Sin embargo, en el Preámbulo de la Ley, sitio idóneo para explicar todo lo que el articulado de una ley no nos permite, no encontramos desarrollo alguno que clarifique, o

justifique, este objetivo (obviando, por supuesto, que la violencia es motivo suficiente para actuar). En ese apartado, en cambio, se hace un resumen del texto de la Ley (apartado III) y una referencia al “gran avance legislativo” en la materia que se ha producido en España (apartado II), poniendo como muestra el hecho de que en menos de un año se han dictado tres normas al respecto (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; Ley 27/2003, de 31 de julio). Parece curioso que esta rápida sucesión de normas sea un motivo de orgullo para el legislador³⁹.

La LOVG sigue la estela marcada por la LO 11/2013 (la primera de las tres normas que acabamos de enumerar), aunque lo hace profundizando más en el tema y tratándolo de forma exclusiva, pues la ley de 2003 trataba la cuestión de la violencia doméstica junto a otros dos asuntos: la seguridad ciudadana y la integración social de los extranjeros.

Tampoco altera los grandes cambios que ya había introducido la LO 11/2003, como el hecho de considerar que todo maltrato en el entorno familiar es delito. Sin embargo, debemos poner de relieve que, mientras que la citada Ley del 2003 hacía referencia a “violencia doméstica”, la LOVG lo enfoca, valga la redundancia, como “violencia de género”, asumiendo, según LARRAURI⁴⁰, el que es el discurso dominante entre las voces feministas⁴¹.

La adopción del término “violencia de género”, no es para nada trivial y conlleva: individualizar o aislar la violencia entre parejas heterosexuales del resto de violencias; asumir que el sexismo es el (único) factor de la violencia y que, por ende, el pensamiento de que, si conseguimos igualdad, conseguiremos disminuir dicha violencia; por último, supone también asumir que el derecho, en especial el derecho penal, es el instrumento más adecuado para conseguir estos propósitos. No profundizaremos mucho más en ello, pero cabe tenerlo en cuenta para poder trabajar con la Llei 11/2014.

³⁹ CARMENA CASTRILLO, M. (2005) se muestra muy crítica con la técnica legislativa española: “Los juristas acostumbramos a decir que el papel lo aguanta todo y podemos permitirnos el lujo de afirmar que ha habido avances legislativos, sin tan siquiera molestarnos en comprobar la reducción del fenómeno de la violencia doméstica que todas estas leyes han pretendido atajar”. “Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley Integral de Violencia de Género”. Revista: *Jueces para la Democracia*, nº 53. P.32.

⁴⁰ LARRAURI, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Ed. Trotta. P.18.

⁴¹ Al respecto, LAURENZO, P. (2005) que afirma que “lo cierto es que el empeño en tratar el problema de las agresiones a mujeres dentro del modelo de la violencia doméstica pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o [...] de interés por llegar a las causas últimas que lo generan” (“La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p.5).

Así pues, la LOVG se adhiere al discurso sobre la desigualdad de géneros. Ello supone, lamentablemente, pasar por alto el hecho de que el colectivo femenino no es homogéneo y que, por tanto, existen grandes desigualdades dentro de éste que han de tenerse muy en cuenta (por ejemplo, no todas las mujeres pertenecen al mismo grupo social y eso supone una diferencia abismal en el momento de llevar la ley a la práctica⁴²). Este es el gran problema de las legislaciones específicas, que, al intentar centrarse en un colectivo concreto, resultan, paradójicamente, muy generalistas.

Y eso es lo que ocurre con la LOVG; es evidente que se legisló con el objetivo de erradicar la violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito familiar; sin embargo, debemos destacar que esta norma está pensada, únicamente, para la mujer pareja y heterosexual.

Por ello, GIMÉNEZ MERINO comenta que “la legislación antidiscriminatoria a favor de las mujeres y de las minorías ha tenido un impacto en general positivo en el universo discursivo de la sociedad (...). Pero indirectamente, también ha estigmatizado a aquellos grupos de personas «no nombradas» en las leyes, como las explotadas por redes de prostitución (...), y ha consolidado la percepción social de las mujeres como seres dependientes particularmente beneficiados por el estado”⁴³.

En cuanto al hecho de que la ley específica fuera de carácter penal (aunque no en su totalidad), LAURENZO expresa que posiblemente no sea el método más efectivo para luchar contra ese plus de victimización con el que cuenta la mujer (y con el que cuenta sólo por el hecho de pertenecer al colectivo femenino).

2. Expansión del Derecho penal: nuevos delitos y penas

Dejando de lado el no poco interesante tema de la técnica legislativa, debemos comentar también la evidencia de que estamos ante un ejemplo de la expansión del Derecho penal. El articulado de la LOVG supone un refuerzo de medidas, básicamente mediante el uso de agravantes, que ya recogía el Código Penal, y, por consiguiente, supone en

⁴² LARRAURI, E. (2007), Op. cit. Nota al pie nº 40. P.11.

⁴³ GIMÉNEZ MERINO, A. (2011). *La crisis económica como oportunidad para repensar el género en un marco de mujeres y hombres en relación*. P.11.

buena parte una elevación de las penas existentes. En algún aspecto también nos recuerda al Derecho penal del enemigo, aunque LARRAURI prefiere hablar de “un derecho penal excepcional más severo”⁴⁴.

Esta referencia al Derecho penal del enemigo debe entenderse en relación a la frase, ya citada anteriormente, por la que se describe que el objetivo de este Derecho es “dejar claro que el *otro*, aquél contra el que se dirige la pena, no forma parte de la sociedad, no es como *nosotros*” (p.11 de este trabajo, extraída del libro de JAKOBS y MELIÀ (2006), *Op. cit.* nota al pie nº 8). Es decir, entendemos que la LOVG es una forma de establecer, en el imaginario de la sociedad, una imagen negativa del maltratador.

Así, la LOVG recoge nuevos delitos como son:

1. Violencia doméstica no habitual (malos tratos), en el art. 153 CP
2. Lesiones, en el art. 148 CP
3. Amenazas, en el art. 171.4 CP
4. Coacciones leves, en el art. 172.2 CP

Estos tipos, que ya se encontraban en Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), fueron primeramente convertidos de falta a delito mediante la Ley Orgánica 11/2003, que intentaba así proteger a cualquier integrante de la familia en un contexto de violencia doméstica. La LOVG ha ido más allá y, dentro de ese refuerzo, ha aumentado la pena cuando estas agresiones recaigan sobre la figura de la mujer (en concreto a la mujer pareja heterosexual) y con ello surgen problemas para la determinación de lo que la Ley entiende como autor⁴⁵.

Pero no sólo se centra en los delitos sino que, también, mantiene las penas que ya se previeron en las reformas legislativas de 2003, y que mencionamos en el apartado anterior. LARRAURI, al respecto, resalta que: “las consecuencias de que un comportamiento sea catalogado como ‘violencia de género’ (...) afecta a la posibilidad de aplicar unos tipos penales (generalmente agravados) u otros, a la obligatoriedad de aplicar determinadas reglas de conducta en el caso de suspensión o sustitución de una pena de prisión, y a la obligatoriedad de imponer algunas penas accesorias”⁴⁶.

⁴⁴ LARRAURI, E. (2007), *Op. cit.* Nota al pie nº 40. P. 86.

⁴⁵ Sobre ello profundizaremos en el siguiente apartado.

⁴⁶ LARRAURI, E. (2009). “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y Derecho penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, Madrid. P. 107.

3. Autores y víctimas. El debate del derecho antidiscriminatorio y la respuesta del Tribunal Constitucional

Cabe introducir aquí la discusión que adelantábamos en el apartado anterior, que hace referencia a la autoría y la condición de víctima, y que también se relaciona con el aumento de las penas.

En principio, no puede extraerse nada de las expresiones utilizadas en las nuevas conductas que introduce la LOVG como delitos: en ellos no sólo se utiliza la expresión “el que”, que hace que el autor sea genérico, sino que la Ley terminó por incluir la coetilla “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, haciendo también genérica a la víctima. Aun así, sí que hace referencia explícita a “la esposa” o “mujer que esté o haya estado ligada a él por una relación de afectividad (...)”. Ello supone, a la práctica, que la vulnerabilidad que introduce la coetilla sólo debe demostrarse cuando la víctima no es una mujer⁴⁷; es decir, que la víctima no es tan general como parecía.

LARRAURI remarca que ello conlleva dotar a la LOVG del carácter propio del ilegítimo Derecho penal de autor (sólo se aplica la pena agravada al hombre, y en el caso contrario no se aplica a la mujer, por tanto, se tiene en cuenta “quién” y no “qué”) y además se pregunta si de verdad puede considerarse al colectivo femenino como “especialmente vulnerable”. Por otro lado, también remarca que si el objetivo del legislador (que, por otra parte, ya hemos visto no queda lo suficientemente especificado en el Preámbulo) era responder al contexto social del contexto, efectivamente las medidas debían ir dirigidas hacia hombres en su mayoría⁴⁸.

Muchos autores, por ello, criticaron la posible infracción del principio de igualdad, puesto que las medidas van dirigidas, prácticamente en su totalidad, contra los hombres. Otros, en cambio, intentaron amparar este endurecimiento del Derecho penal en lo que se conoce como Derecho penal antidiscriminatorio⁴⁹. Pero a esto debemos sumarle que ya existía, dentro del Código Penal, el art. 22.4, que agrava las conductas cometidas por motivos discriminatorios (entre otros) y que intenta otorgar una especial protección a todos aquellos colectivos en condiciones subordinadas respecto al grupo “dominante” (o

⁴⁷ También se deriva del art. 1, ya antes mencionado, en el que se remarca que el objetivo de la LOVG es “actuar contra (...) las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

⁴⁸ LARRAURI, E. (2009), Op. cit. nota al pie nº 46. P. 40.

⁴⁹ Al respecto, DOPICO, J. (2004), “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena (1)”. (Dentro de: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LVII),

que, al menos, ocupa una posición privilegiada), que se puedan ver afectados por su pertenencia a una determinada etnia, así como por su orientación y/o condición sexual⁵⁰.

El apartado 2º de la Exposición de Motivos de la LOVG, justifica el endurecimiento de las penas respaldándose en el art. 9.2 CE⁵¹ e incluyéndolo, por tanto, bajo el concepto de acciones positivas.

Según LAURENZO, en cambio, esta respuesta viene amparada por el art. 14 CE, que permite imponer medidas de acción positiva en favor de determinados colectivos vulnerables para conseguir la igualdad que el mismo artículo afirma⁵². Considera, sin embargo, que las agravantes de la LOVG no deberían denominarse de este modo, puesto que las susodichas acciones parecen utilizarse para tomar medidas en favor del colectivo discriminado en detrimento del colectivo “dominante”, y no es eso lo que persigue la citada Ley.

Debemos recordar, también, que este tipo de acciones suelen ser de carácter temporal por ir encaminadas a crear una desigualdad provisional que consiga la igualdad real, una vez eliminada la acción.

Así, muchos autores han acabado por considerar las medidas adoptadas por la LOVG dentro de la categoría de la discriminación positiva. BARRÈRE opina, al contrario, que esto supone una *contradictio in terminis*, porque se está otorgando la misma denominación a la conducta “represiva” que a la conducta que se intenta “reprimir”⁵³.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en este caso, se ha pronunciado en su STC 59/2008, de 14 de mayo, y lo ha hecho proclamando la conformidad del precepto 153 con el texto constitucional. En ella demuestra que dicho artículo se atiene al art. 14 CE, por cuanto supera los dos requisitos establecidos para mantener un trato diferenciado, que son:

- a) la diferencia jurídica persigue un fin legítimo. Según el Tribunal, la finalidad es legítima porque pretende acabar con las “altísimas cifras en torno a la frecuencia

⁵⁰ LAURENZO, P. (2005), Op. cit. Nota al pie nº 41. P. 13.

⁵¹ “Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

⁵² LAURENZO, P. (2005), Op. cit. Nota al pie nº 41. P. 11.

⁵³ BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003), “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”. (Dentro de: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 9, (Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003)

de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”.

- b) las consecuencias de la diferencia no son desproporcionadas. Aquí utiliza como argumento que la diferencia “no es patente y excesiva o irrazonable”, puesto que la única diferencia radica en el mínimo de la pena del que se partirá en cada caso. También añade que existen alternativas a la aplicación de la condena que son, por un lado, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y, por otro, la posibilidad de aplicar del art. 153.4, que habilita a rebajar la pena en un grado ante la concurrencia de circunstancias excepcionales.

4. Luces y sombras de la protección de la mujer a través del derecho penal

Después de este rápido y general análisis, podemos deducir que, efectivamente, nos encontramos ante un panorama de ferviente punitivismo. Tanta disposición legislativa nos hace dudar, y es que parece ser que el legislador no tiene en cuenta la eficacia de leyes anteriores y pretende únicamente dictar normas, probablemente con unas intenciones distintas de las que tienen los grupos de presión que las reclaman.

Nos recuerda todo esto al discurso que recoge *El libro de los Deberes*. En esta obra se mantiene la idea de que detrás de cada derecho se esconden deberes y que los poderes públicos, antes de reconocer derechos tan alegremente, deberían tener en cuenta el peso económico de los mismos, entre otras cosas. De lo contrario, y en el sentido que se expresaba CARMENA⁵⁴, el legislador se dedicará a dejar que todo lo aguante el papel y que ningún derecho sea realmente efectivo.

Siendo benévolos, y como sostiene la misma autora, podría pensarse que, mediante el elevamiento de las penas, se pretende reforzar la idea de que la sociedad rechaza y condena las conductas de violencia contra la mujer; estaríamos hablando, por tanto, de un carácter simbólico del Derecho. Sin embargo, la propia autora remarca que no sabe si es esto verdaderamente lo que pretende el legislador⁵⁵.

En el sentido del efecto simbólico del derecho también se pronuncia LAURENZO, que remarca que algunos de los partidarios de la LOVG hablan con entusiasmo de la

⁵⁴ La cita aludida se recoge en la nota al pie nº 39, p. 23 de este trabajo.

⁵⁵ CARMENA CASTRILLO, M. (2005), Op. Cit. Nota al pie nº 39. P. 31.

“función pedagógica” de la misma, olvidando que ello “en nada favorece una estrategia a largo plazo destinada a subvertir el actual fenómeno de violencia contra las mujeres, al tiempo que resulta innecesaria si se atiende al conjunto de casos que pretenden contrarrestarse con la nueva medida”⁵⁶.

En cuanto a la inclusión de la perspectiva de género que se produce con la LOVG, LARRAURI cree que ello implica alterar el sistema penal establecido, pues esas normas que en principio se redactaban de forma neutra, pasan ahora a modificarse y a otorgar resultados desiguales dependiendo del género⁵⁷. Otra cuestión a tener en cuenta es el hecho de que, a la práctica, esta Ley no resulta sexo-específica en su totalidad, porque deja fuera a hijas, abuelas, hermanas, que no sean la “mujer pareja” en el contexto determinado. Y, dentro del concepto de pareja, sólo se refiere a la pareja heterosexual, olvidando a las parejas homosexuales, en las que también pueden darse, y se dan, estas conductas violentas.

Como veíamos al principio, LAURENZO es una de las autoras que no cree que las leyes específicas sean el instrumento idóneo para acabar con las desigualdades⁵⁸. Ya en cuanto al endurecimiento de las penas, recalca la misma autora el hecho de que la propia LOVG se ponga por bandera los valores de “la tolerancia y la resolución pacífica de conflictos”, cuando en realidad supone un abuso del castigo penal (como ejemplo sólo cabe recordar el elevamiento de ciertas faltas a la categoría de delitos o el aumento del mínimo de la pena a imponer, que ya vimos que avala el Tribunal Constitucional en la STC 59/2008).

Los datos que encontramos en el Portal Estadístico en la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género son una muestra, muy importante, de la ineficacia de la agravación de las penas. La estadística (Anexos: Tabla II) recoge el total de víctimas mortales de la violencia de género en el período comprendido entre el 2003 y el 2015. Los años anteriores a la promulgación de la LOVG (2003 y 2004) suman un total de 70 víctimas anuales cada uno. El año siguiente a la aprobación de la LOVG, el 2005, hubo un decrecimiento importante (aunque no el esperado): un total de 57 víctimas. Sin embargo, esa bajada no fue más que un oasis; en los años posteriores (2006, 2007, 2008 y 2010) las cifras no sólo igualaron, sino que incluso superaron a las recogidas en los

⁵⁶ LAURENZO (2005), Op. Cit. Nota al pie nº 41. P. 21.

⁵⁷ LARRAURI (2009), Op. Cit. nota al pie nº 46. P. 43.

⁵⁸ LAURENZO (2005), Op. cit. Nota al pie nº 41. P. 21.

años 2003 y 2004 (siendo destacable el año 2008, en el que las víctimas totales llegaron a 76). Entre el 2011 y el 2014, las cifras dan un promedio de 55 víctimas mortales por año.

También es importante destacar el efecto *boomerang* que se desprende del reforzamiento de las sanciones penales. Estas ideas las refleja CARMENA, a quién cito literalmente: “si al castigar al agresor pretendemos modificar su conducta para que nunca más vuelva a agredir a su víctima o a cualquier otra, el castigo tiene que ser el adecuado, es decir, el idóneo para conseguir ese objetivo”⁵⁹. Añade a ello que si el castigo no es proporcional, y este riesgo se corre con la LOVG porque es de muy difícil adaptación al caso concreto, se puede acabar perjudicando a la propia víctima (en este sentido también GIMÉNEZ MERINO⁶⁰).

En efecto, esta idea queda demostrada en la práctica con el informe realizado en 2012 sobre la reincidencia en delitos graves⁶¹. En el estudio (Anexos: Tabla III) se recoge una muestra de 150 condenados entre 2003 y 2006 por distintos delitos graves y se comprueba si vuelven a delinquir entre los años 2003 y 2012.

Así, de los 36 agresores condenados por delitos de violencia de género, un 22’2% volvieron a delinquir (8 de los 36 condenados). Se trata de una tasa de reincidencia elevada si la comparamos con la segunda tasa más alta, que es la reincidencia en condenados por homicidio (un 12’9%, o 4 de los 31condenados). De los 8 reincidentes condenados por violencia de género, 5 cometieron nuevamente un delito de este tipo. Esto demuestra que las medidas elevadas que se han impuesto en estos casos no han disminuido la reincidencia.

En conclusión, de esta aproximación al Derecho penal a través de la LOVG, teniendo en cuenta tanto el discurso de los deberes, como las conclusiones que exponía LARRAURI, debemos preguntarnos si no es más conveniente tratar la cuestión dejando los tipos neutros que ya contenía el Código Penal y haciendo que estos “incorporen la experiencia, necesidades y perspectiva de las mujeres”⁶². Salta a la vista que, en estos diez años, no ha disminuido la violencia por introducir legislaciones específicas, ni por imponer castigos más elevados: falla el derecho penal del enemigo.

⁵⁹ CARMENA CASTRILLO, M. (2005). *Op. cit.* Nota al pie nº 39. P. 35.

⁶⁰ GIMÉNEZ MERINO (2011). *Op. cit.* Nota al pie nº 43. P. 121.

⁶¹ GÓMEZ HERMOSO, R. (2012). “Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los Informes Psicológicos Forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid”. Disponible en: <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>

⁶² LARRAURI, E. (2007). *Op. Cit.* Nota al pie nº 40. P. 139.

IV. LA NUEVA LLEI 11/2014, DE 10 D'OCTUBRE, PER A GARANTITZAR ELS DRETS DE LESBIANES, GAIS, BISEXUALS, TRANSGÈNERES I INTERSEXUALS I PER A ERADICAR LA HOMOFÒBIA, LA BIFÒBIA I LA TRANSFÒBIA

En primer lugar, y antes de cualquier crítica, hay que reconocer que nos encontramos, no sólo con una ley novedosa y pionera a nivel del ordenamiento jurídico interno⁶³, sino ya a nivel internacional.

La novedad, sin embargo, no presupone la calidad. Así que, teniendo en cuenta las críticas que ya se han formulado a leyes similares en la manifestación penal del *ius puniendi* (como lo es la LOVG), procederemos a continuación a estudiar la Llei 11/2014.

Creemos preciso indicar también, en esta introducción, que no consideramos que esta ley sea una declaración de intenciones, ni que la Generalitat tenga como objetivo “imponer la ideología de género y la promoción de la homosexualidad al conjunto de la sociedad con toda la fuerza del Estado, atropellando libertades, derechos y garantías jurídicas”, como algunos defienden en su análisis de la misma⁶⁴. Antes al contrario: si analizamos la Ley es para investigar si de verdad se pueden garantizar los Derechos del colectivo LGBTI a través de leyes específicas, y de carácter administrativo como gran novedad.

1. La técnica legislativa

Respecto al análisis de la técnica, nos decepciona volver a encontrarnos con los mismos rasgos que criticábamos en la LOVG: estamos ante otro ejemplo de legislación específica, así como del punitivismo que caracteriza la época contemporánea, aunque esta vez no se trata de expansión penal si no administrativa.

⁶³ Debemos concretar, aún y así, que si decimos “pionera” y no “primera” es porque la Xunta de Galicia, unos meses antes ya impulsó la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. Ambas se centran en los mismos aspectos, pero la Ley gallega no llega a imponer sanciones administrativas específicas como sí impone la Llei catalana.

⁶⁴ SOLEY, J. (2014). “La Ley antihomofobia de Cataluña: ¿antidiscriminación o promoción?”. *Forum Libertas, Diario Digital*.

Por lo que a expansión se refiere, ya apuntábamos al problema en el apartado de la LOVG. En este caso el legislador también se enorgullece de la cantidad de normas que se han dictado en un rango de unos veinte años, aproximadamente, aunque no se trata únicamente de leyes y ni siquiera todas las medidas le son propias⁶⁵. Tampoco realiza, en este caso, un análisis del efecto que han podido tener todas esas normas que cita.

En cuanto al Preámbulo, también nos hallamos en la misma situación que en la LOVG. En él no se analizan con suficiente profundidad los motivos que llevan al legislador a promulgar la Llei. Sí que es verdad que se hacen alusiones al objetivo de garantizar los derechos del colectivo o a la necesidad de recopilar datos fiables que ayuden a elaborar estadísticas reales sobre los casos de homofobia, pero, en lo demás, la Ley se limita a resumir y explicar el contenido de sus apartados, sin más.

Brilla por su ausencia, también, la dimensión económica -el gasto- que comportará la creación de las distintas instituciones que se proponen para velar el cumplimiento de la norma: un órgano consultivo permanente como el Consejo Nacional de LGBTI (art. 7) y un órgano coordinador de políticas (art. 8) que también deberá proporcionar un servicio de atención integral. Otro aspecto, importante en términos económicos, sería en lo relativo a la formación en materia discriminatoria de los profesionales implicados por la regulación. Adelantamos, en este punto, que esto puede suponer la proclamación de unos Derechos desprovistos de contenido.

En cuanto al derecho antidiscriminatorio, la explicación de por qué se está regulando éste en una ley administrativa nos la da el art. 149.1.6º CE: el Estado ostenta el desarrollo legislativo en materia penal como competencia exclusiva. Así pues, el legislador autonómico se ve incapacitado para proteger estos derechos mediante normas penales.

La cuestión radica en que tampoco se le otorga expresamente la potestad sancionadora a las Comunidades Autónomas dentro de la Constitución (como hemos visto, la norma suprema ni siquiera otorga esta competencia explícitamente al Estado).

La solución la podemos encontrar en la STC 87/1985, de 16 de julio (y también en este sentido la STC 37/2002, de 14 de febrero). En ella el Tribunal Constitucional reconoce

⁶⁵ Se reecogen, en la pág. 2 del Preámbulo, modificaciones hechas a leyes autonómicas así como Resoluciones del Parlamento catalán, iniciativas del legislador estatal y también avances en el marco de la Unión Europea: concretamente Directivas, Resoluciones del Parlamento y los derechos mencionados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

que puede haber diferencias entre el régimen sancionador de las distintas Comunidades Autónomas cuando se cumplan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que, en consecuencia, el legislador autonómico puede crear normas cuando éstas afecten a materias de su competencia y “se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito sancionador”.

Volviendo, entonces, a la Llei, encontramos que en el Preámbulo el legislador se escuda en las competencias de los arts. 65 (promulgación y publicación de leyes) y 40.2, 40.7 y 40.8 (la protección de la familia, la promoción de igualdad de las parejas de hecho y la promoción de la igualdad de todas las personas así como la lucha contra la homofobia, respectivamente) del Estatuto de Autonomía de Catalunya.

De esta manera la Generalitat, cumpliendo con sus competencias, reconoce una protección reforzada a un colectivo en concreto⁶⁶. Al regular específicamente, sin embargo, deja fuera otros tipos de discriminaciones enumerados en el mismo art. 40.8, como lo son las realizadas por “l’origen, la nacionalitat, el sexe, la raça, la religió i la condició social”⁶⁷, ni tampoco promueve la erradicación “del racisme, de l’antisemitisme i de la xenofòbia”⁶⁸.

2. Sobre las infracciones

Una de las novedades de la Llei del año 2014 es la definición de los distintos tipos de discriminación que se producen en la realidad social y que pueden ser ya sancionados desde su entrada en vigor (art. 4 de la Llei). Esto supone un gran avance, ya que discriminaciones difíciles de demostrar, como la discriminación indirecta⁶⁹ así como la represalia discriminatoria⁷⁰, son recogidas y definidas en el texto. Se cumple, por tanto,

⁶⁶ Debe ser por ello por lo que el Estado no ha considerado necesario interponer un recurso de inconstitucionalidad por un conflicto de competencias (teniendo en cuenta que el art. 148.1.1º CE otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de *regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*).

⁶⁷ El origen, la nacionalidad, el sexo, la raza, la religión y la condición social.

⁶⁸ El racismo, el antisemitismo y la xenofobia.

⁶⁹ Definida como “situación en la que una disposición, un criterio, una interpretación o una práctica pretendidamente neutras pueden ocasionar en lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros o intersexuales una desventaja particular respecto de personas que no lo son” (art. 4, apartado b) de la Lei 11/2014).

⁷⁰ Definida como: “trato adverso o efecto negativo que se produce contra alguien por consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia/demanda/recurso de cualquier tipo, destinado a

el principio de tipicidad que ha de regir en el ámbito administrativo sancionador, por el que la conducta debe ser descrita clara, concreta y exhaustivamente.

Las infracciones se enumeran en el art. 34 de la Llei y serán, igual que las sanciones, leves, graves y muy graves. En el primer supuesto (art. 34.3) se entiende como leve:

- a. Utilizar expresiones vejatorias, de manera intencionada, que inciten a la violencia contra las personas o sus familias con motivos de su orientación sexual, identidad o expresión de género.
- b. Utilizar expresiones vejatorias, y de contenido homofóbico, bifóbico o transfóbico, que inciten a la violencia en medios de comunicación e intervenciones públicas.
- c. Realizar actos que conlleven el aislamiento, rechazo o menosprecio “público, notorio y explícito” de alguien por su orientación sexual, identidad o expresión de género.

En el segundo supuesto, se considerarán como graves (art. 34.4) las siguientes infracciones:

1. Utilizar expresiones vejatorias, de manera intencionada y reiterada, que inciten a la violencia contra las personas o sus familias con motivos de su orientación sexual, identidad o expresión de género.
2. Dañar o destruir objetos o propiedades (siempre que no constituya un delito), por causa de orientación sexual, identidad o expresión de género de la persona.
3. Impedir a alguien, intencionadamente, la realización de un trámite o el acceso a un servicio público o establecimiento abierto al público, por causa de su orientación sexual, identidad o expresión de género.
4. Emitir, intencionada y reiteradamente, en los medios de comunicación, en discursos o intervenciones públicas, expresiones vejatorias que inciten a la violencia y tengan connotaciones homofóbicas, bifóbicas o transfóbicas.

En tercer lugar, se considerarán infracciones muy graves (art. 34.5):

1. El acoso o el comportamiento agresivo hacia personas, o sus familias, con motivo de su orientación sexual, identidad o expresión de género.

evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que se está siendo sometido” (art.4, apartado h) de la Llei 11/2014).

2. Convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que inciten al odio, a la violencia o a la discriminación de personas LGBTI.

Por último, el apartado seis del art. 34 afirma que la discriminación múltiple (sufrir formas específicas de discriminación por pertenecer a otro grupo discriminado, a parte del colectivo LGBTI) y la discriminación secundaria⁷¹, incrementan el tipo de infracción en un grado, respecto de cada una de las causas que concurran.

La redacción de estas infracciones (en la que se repite constantemente “siempre que no constituya delito o falta”) nos transmite la sensación de que nos encontramos con una expresión del populismo punitivo; parece que se pretende evitar la “impunidad” que podría producirse por la falta de respuestas en la vía jurisdiccional.

3. Sobre las sanciones

Teniendo en cuenta estas sanciones, y enlazando esta Llei con las finalidades que GARCÍA DE ENTERRÍA atribuía al Derecho administrativo sancionador, vemos que las que aquí hemos tratado no encajan ni con las sanciones demaniales, ni las rescisorias de actos administrativos favorables, ni las tributarias, ni las disciplinarias (todas ellas pertenecientes a la potestad de autotutela).

Estamos, como comentábamos anteriormente, en un caso ejemplificador de expansión del Derecho administrativo sancionador, por cuanto estas sanciones podrían incardinarse en la potestad de “heterotutela”, consistente en mantener el orden social en su conjunto. Y, es por eso, por lo que esta Llei genera conflictos con la rama penal.

Así, como en la LOVG hablábamos del refuerzo de medidas ya existentes en el ámbito penal, la Llei 11/2014 crea una sobreprotección al introducir sanciones en vía administrativa de conductas que también encontramos en el Código Penal.

⁷¹ Definida como aquel “maltrato adicional ejercido contra lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros o intersexuales que se encuentran en alguno de los supuestos de discriminación, asedio o represalia como consecuencia directa o indirecta de los déficits de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones de otros agentes implicados” (art. 4, apartado i) de la Lei 11/2014).

El régimen sancionador se recoge a partir del art. 35 de la Llei. En él se clasifican las sanciones en leves (art. 35.1), graves (art. 35.2) y muy graves (art. 35.3). La gravedad de la sanción dependerá de la clasificación que merezca la infracción cometida.

Los períodos que comprende cada sanción van de los siete días a los tres meses (sanciones leves), de los tres meses y un día a los siete meses (sanciones graves) y siete meses y un día a diez meses (sanciones muy graves) a la cantidad equivalente “al importe mensual del indicador de renta de suficiencia de Catalunya”. Este indicador mensual ha sido fijado en 2015 mediante la Llei de pressupostos de la Generalitat⁷², situándose en los 569'12 €, mientras que la cuantía anual asciende a los 7.967'73 €. Por tanto, las multas oscilarán entre el mínimo de una semana, 142'28 €, y el máximo de diez meses, 5.691'20 €.

Si comparamos este régimen con las penas previstas para las faltas en el Código Penal⁷³, éstas últimas parecen mucho más adecuadas para los casos de discriminación. Lo consideramos así porque se trata de penas de multa menos elevadas (en estos casos no se entiende que la Llei 11/2014 pretenda transmitir y fomentar ciertos valores a través del pago de multas a la Administración) y también de penas de localización permanente (que aportan cierta seguridad a la víctima). Por ejemplo, una falta de lesiones se castigaría con localización permanente de seis a doce días o con multa de uno a dos meses, y en un caso de vejaciones o amenazas la pena sería de multa de diez a veinte días.

En el caso de que las conductas llegaran a calificarse como delitos en el marco de un proceso judicial, podrían subsumirse a los mismos tipos que comentábamos en el apartado de la LOVG, a saber: lesiones (art. 148 CP), amenazas (art. 171.4 CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP). También se podrían añadir otros como la provocación a la discriminación, odio o violencia (art. 510), castigado con penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, y el delito especial que comete el encargado de un servicio público que deniegue una prestación a la que se tenga derecho (art. 511). En este último caso, la sanción podría suponer la pena de prisión de entre seis meses a dos

⁷² Llei 2/2015, de l'11 de març, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2015.

⁷³ En el de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre) porque, como sabemos, la nueva LO 1/2015, de 30 de marzo, que entra en vigor el 1 de julio, suprime muchas faltas y muchas otras pasan a considerarse delitos leves (el Preámbulo de la Ley afirma que estas faltas “pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”).

años y la multa de doce a veinticuatro meses, añadiendo la inhabilitación especial de uno a tres años para empleo o cargo público.

A todo esto, debe sumarse la circunstancia agravante recogida en el art. 22.4 CP, que otorga una especial protección a todos aquellos colectivos en condiciones subordinadas respecto al grupo “dominante” que se puedan ver afectados, en este caso, por su orientación y/o condición sexual.

Teniendo todo esto en cuenta, se nos plantea una pregunta ¿por qué se necesita acudir a la vía administrativa? La única respuesta que podemos deducir del articulado de la Llei es la incapacidad del legislador autonómico para regular en materia penal, porque ningún motivo alude a la “agilidad” del procedimiento administrativo o al colapso del sistema judicial, muchas veces criticado. A su vez, esta respuesta nos lleva a plantearnos una segunda pregunta, y es que si ya existen medios para proteger estos bienes ¿qué finalidad tiene el legislador autonómico, realmente, al promulgar esta ley? Para contestarla, debemos seguir analizando la Llei, así como aquello que ha ocurrido después de su promulgación.

Por otra parte, y aunque no sean sanciones, consideramos necesario incluir en este apartado las medidas que se dirigen a los medios de comunicación. La Llei en su art. 15, y también en su Preámbulo, menciona algunas recomendaciones dirigidas al Consell de l’Audiovisual de Catalunya. Las mismas hacen referencia a “usos lingüísticos” y el “tratamiento y el uso de las imágenes” relacionadas con la homosexualidad, la bisexualidad, la transidentidad y la intersexualidad, que tienen como fin que “no se permita la difusión de contenidos que puedan fundamentar o justificar la homofobia, la bifobia o la transfobia”.

Todo esto resulta ilógico. Establecer recomendaciones no nos parece la medida más efectiva e indica que el legislador vive aislado del contexto social de la norma, un contexto en el que, para bien o para mal, los medios de comunicación juegan un importantísimo papel en la creación de instituciones mentales en la sociedad.

4. Experiencia en *Homes Igualitaris*

Mi paso por *Homes Igualitaris* me ha ayudado a comprobar que en la sociedad –es decir, fuera de la organización- existe una concepción equivocada del movimiento feminista. Muchos aún consideran que este movimiento busca otorgar privilegios al colectivo femenino mediante la estigmatización de los hombres. Y no han ayudado a modificar esta concepción la implantación de legislaciones específicas: más bien han provocado el efecto *boomerang* (en los términos a los que nos referíamos en la pág. 30).

Siendo consciente, la Asociación, de que las consecuencias del patriarcado y del machismo, las viven a diario mujeres, pero también hombres que no pueden expresarse de otro modo que el establecido por el rol del género (deben ser fríos, distantes y autoritarios, no pueden hacerse cargo de las tareas del hogar o de sus hijos...), ha asumido la idea de que el cambio en la sociedad siempre debe empezar por uno mismo. Por eso, vista la infrarrepresentación de los hombres en los movimientos igualitarios, decidió demostrar el compromiso masculino con la ruptura del modelo establecido y el apoyo a los movimientos feministas.

Homes Igualitaris enseña que el movimiento de la lucha por la igualdad debe ser integrador. Y por eso trabaja en red con otras asociaciones de hombres y mujeres y de colectivos LGTBI. Nadie tiene por qué ser más o ser menos en función de su sexo o de su orientación sexual: sólo trabajando conjuntamente conseguiremos la verdadera igualdad.

Por eso, los objetivos que se establecen en la Asociación van encaminados hacia la prevención de los conflictos y las discriminaciones a través de la reflexión de quienes participan con ellos; facilitan el cambio personal creando espacios de debate como talleres, charlas, etc.

La Asociación se muestra especialmente sensibilizada en materia de la violencia de género, por ello ha creado el Gabinete Psicojurídico, en el que un jurista y un psicólogo intervienen tanto en la prevención como en el tratamiento de la violencia de género. Se trata de un espacio recién estrenado en la entidad y, si bien es cierto que aún queda mucho por hacer, los primeros resultados han sido muy satisfactorios. En los casos que hemos tratado, no sólo hemos hablado con mujeres (no parejas, si no hijas) que han

sufrido violencia doméstica, sino que también hemos hablado con hombres que han vivido la discriminación de otros hombres o que han sufrido amenazas de sus parejas.

Con este tipo de actuaciones, *Homes Igualitaris* transmite todos esos valores que no puede imponer una ley mediante sanciones. Así, entendemos que tal vez la Llei 11/2014 ha intentado innovar cuando tenía la solución delante de las narices: simplemente debe permitir que asociaciones como ésta, que actúa en red con otras, introduzca los valores deseados en la sociedad; no podemos pretender sancionar a personas a las que nadie ha enseñado que no está bien discriminar. Las sanciones, tanto las penales como las administrativas, sólo sirven cuando todo lo demás ha fallado.

5. Luces y sombras de la protección del colectivo LGBTI a través del derecho administrativo

Finalmente, podríamos concluir con una parte positiva y otra negativa de esta nueva Llei.

Por un lado, nos parece destacable positivamente la intervención que se hace en materia de educación y en el ámbito profesional, pues en ellos se proponen medidas muy interesantes de formación y sensibilización en los campos de sanitarios y laborales, etc. Creemos que de esta manera se actúa de acuerdo con el objetivo principal de la Llei, consistente en transmitir valores.

Ello nos lleva, inevitablemente, a empezar con la parte negativa: imponer un catálogo de sanciones, de bastante más cuantía que las multas que existen en la vía penal, no nos parece la mejor manera de seguir con la finalidad pretendida. ¿Qué valores se transmiten al imponer una multa? Como comentábamos al principio del trabajo, la *ultima ratio* debería regir en todo el *ius puniendi*, que es único, y no sólo aplicarse en el ámbito penal.

Además, si las sanciones que se recogen en esta Llei ya se encuentran en el ámbito penal, no tiene sentido “reimponerlas”; deberíamos pensar, por tanto, en cuál es el problema que nos impide una efectiva igualdad. Tal vez sea en el escalón previo (la educación y la conciencia general de la sociedad), tal vez en el momento de su aplicación por los jueces (falta de sensibilización al respecto) o tal vez sea en general la

poca intromisión de los poderes públicos en los principios que rigen la economía actual y que impiden la igualdad efectiva. En la línea que se posicionaba GIMÉNEZ MERINO, creemos que el problema principal es que “el hecho de que exista una inflación legislativa sin precedentes (...) no asegura la corrección de la desigualdad. La acción legislativa tiene como límite fundamental las constricciones impuestas por el campo económico, además de las resistencias propias del campo político, sociológico o jurídico mismo, pues los nuevos derechos conquistados son aplicados por personas con una concepción no neutral de los problemas”⁷⁴.

Por otra parte, el hecho de que el Derecho administrativo sancionador se haga con infracciones ya recogidas por el Derecho penal, con la consiguiente pérdida de garantías, no nos parece una decisión adecuada. Podría tratarse, en todo caso, de un refuerzo, por parte del legislador autonómico, de la institución mental de la lucha contra la discriminación.

Sin embargo, esta suposición decae rápidamente al darnos cuenta, en primer lugar, de la imposición únicamente de “recomendaciones” a los medios de comunicación (referencia y modelo a seguir para la gran mayoría de la población y, por tanto, una vía muy eficaz si se pretendiera realmente reforzar la institución simbólica) y, en segundo lugar, por las críticas que ya ha generado, por el propio colectivo LGTBI, en estos nueve meses.

El *Observatori Contra l'Homofòbia* (OCH) ha realizado un manifiesto en el que se denuncia la falta de un plan de ruta del *Govern*, así como la ausencia de promoción y difusión del texto⁷⁵. Esto ha supuesto que la mayoría del colectivo al que va dirigida ni siquiera la conozca y que, aquellos que sí la conocen y deciden denunciar, se dirijan ante la oficina habilitada al efecto en el OCH y no ante las autoridades que la Llei tendría que haber creado para ello. También ha concretado que es en el ámbito de la salud es en el que menos se han implantado las medidas promulgadas.

En lo relativo a las medidas formativas para profesionales (art. 10), aquellas que hemos considerado correctas, el OCH denuncia que han sido muy reducidas y no se han promovido lo suficiente. Sin embargo, el manifiesto valora positivamente el deber de intervención que impuesto a los profesionales en casos de discriminación (art. 11).

⁷⁴ GIMÉNEZ MERINO, A. (2011),. *Op. cit.* nota al pie nº 43.

⁷⁵ El manifiesto se denomina “No volem paper mullat” y se encuentra disponible en: <http://observatori-contra-homofobia.blogspot.com.es/2015/05/no-volem-paper-mullat-concentracio-17.html>

Teniendo todos estos factores en cuenta, se nos vienen a la cabeza las reflexiones que hacía CARMENA y que transcribimos a continuación: “parece que [a los legisladores] no les preocupa tanto su cumplimiento [de la ley], y mucho menos la evaluación de su incidencia como su promulgación y el capital mediático que suele generar el proceso de elaboración la aprobación parlamentaria”. También nos recuerda otra cita, en la que expresa que “hoy por hoy, promulgar nuevas leyes puede resultar, políticamente, interesante y además bastante económico [...] Normalmente el político cuando elabora las leyes que prometió, [...], más que solucionar problemas pretende “hacer algo” que demuestre, a través de los medios, su celo o su interés por aquello de que se trate”⁷⁶.

Como conclusión, y para contestar la pregunta que nos ha surgido durante el análisis a la Llei (¿qué finalidad tiene el legislador autonómico, realmente, al promulgarla?), podemos decir, a la luz de los hechos y muy a nuestro pesar, que el objetivo final del legislador no parece ser otro que el oportunismo político.

⁷⁶ Ambas citas han sido extraídas de CARMENA CASTRILLO, M. (2005), op.cit. nota al pie nº 39.

V. CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo, comenzaremos por el principio.

En el primer apartado, tratamos de sintetizar el contexto actual en el que se encuentra el *ius puniendi* estatal. Muchos factores nos permitieron vislumbrar lo que también hemos constatado con el análisis legislativo de los apartados posteriores: una ferviente expansión de la potestad sancionadora del Estado. En el ámbito penal esto se concreta en el traspaso de ilícitos administrativos a la categoría de delito y en la utilización de técnicas más propias del ámbito administrativo. En el ámbito del derecho administrativo sancionador se comprueba con el crecimiento de las sanciones de heterotutela, así como la despenalización de ciertas conductas delictivas, ahora calificadas como infracciones administrativas. Toda esta teoría la hemos podido comprobar, en la práctica, con los posteriores análisis a las normas escogidas: la Ley Orgánica 1/2004, de Medida de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Llei 11/2014, *per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgènere i intersexuals i per a eradicar la homofòbia, la bifòbia i la transfòbia*.

También estudiamos, en esta primera parte, el debate en torno a la dualidad o unidad del *ius puniendi*. Hoy en día, se mantiene la tesis de la unidad (construida según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional) y es el Estado quien ostenta el monopolio sobre el *ius puniendi*. El derecho penal y el administrativo sancionador, por tanto son dos manifestaciones de la misma potestad.

Con ello introdujimos las opiniones de la doctrina respecto a las diferencias entre estas dos ramas del derecho sancionador. Expusimos las teorías de la diferencia cualitativa (defendida por LANGE, SILVA SÁNCHEZ), la cuantitativa (defendida por CERZO MIR, MIR PUIG) y la formal (que sostienen BAJO FERNÁNDEZ, TIEDEMANN). Por último, añadimos la opinión de REBOLLO PUIG (acompañado de otros como ALARCÓN SOTOMAYOR), que es la que hemos considerado más apropiada.

Esta última teoría considera que, en vez de discutirse tanto sobre las diferencias, habría que centrarse más en limitar la decisión del legislador al calificar las conductas punibles. Y es que el texto constitucional no ha fijado, ni se ha debatido lo suficiente doctrinalmente, cuáles son los límites que tiene en su tarea. Se critica también que, en no pocas ocasiones, el legislador ha optado por la vía administrativa, con la

consiguiente pérdida de garantías para los administrados, y sin justificarlo demasiado. Esto es ilógico teniendo en cuenta que deberían ser los jueces los encargados de ejercer el *ius puniendi* en un estado de derecho.

En cuanto al segundo y tercer apartado, (recordemos que, por un lado, nos acercamos a LOVG, y, por el otro, analizamos la Llei 11/2014), como ya hemos concluido las opiniones en cada apartado concreto procederemos, directamente, a contestar las cuestiones que nos planteamos en la Introducción del trabajo.

Sobre la primera pregunta, de si hace bien la Llei 11/2014 en acudir al Derecho Administrativo Sancionador para proteger los derechos que en ella se recogen, debemos empezar hacer referencia al hecho de que, si se acude a esta rama del derecho es porque quién redacta la norma es el legislador autonómico, que no puede acudir a la vía penal para proteger estos derechos (la competencia exclusiva en este ámbito pertenece al legislador estatal según el art. 149.1.6° CE).

Por otra parte, las figuras recogidas por la Llei 11/2014 cuentan con análogos en el Código Penal. Podrían subsumirse a los tipos de: lesiones (art. 148 CP), amenazas (art. 171.4 CP), coacciones leves (art. 172.2 CP), provocación a la discriminación, odio o violencia (art. 510) y el delito especial que comete el encargado de un servicio público que deniegue una prestación a la que se tenga derecho por motivos discriminatorios (art. 511). También puede sumarse la circunstancia agravante recogida en el art. 22.4 CP, cuya aplicación radica, justamente, en el móvil discriminatorio.

Dado que el legislador no cuenta con unos límites establecidos para catalogar las conductas punibles dentro del ámbito penal o administrativo, no podemos hacer más que aportar nuestra opinión personal al respecto. Así, consideramos que los tipos de conductas que se están castigando por vía administrativa, dada la importancia que tienen en la dignidad de la persona y la adecuación de las penas que se imponen, deberían protegerse únicamente por la vía penal ya establecida.

De esta forma, introduciéndonos ya en la segunda cuestión, relativa a si el Derecho administrativo sancionador puede funcionar como una norma creadora de instituciones mentales consistentes, creemos necesario centrarnos en dos aspectos: el de la formación y el de las sanciones.

Respecto al primero, ya comentábamos en el apartado de “*Luces y sombras de la protección del colectivo LGBTI a través del derecho administrativo*”, que nos parecen

muy positivas las medidas de formación y sensibilización de los profesionales, puesto que de esta manera se actúa de acuerdo con el objetivo de la Llei de transmitir valores y, por tanto, de crear instituciones mentales.

Sin embargo, en los casi ya nueve meses de vida de la norma, el *Observatori Contra l'Homofòbia* ha criticado que estas medidas no han sido suficientemente promovidas y, por ende, han sido muy pocas las formaciones que se han realizado.

En cuanto a las sanciones, no consideramos que las multas, por muy elevado que llegue a ser su importe, sean el medio más idóneo para crear instituciones mentales. Puede que sí disuadan de infringir la norma, pero ello no supone que el disuadido haya comprendido qué hay de malo en infringirla. Y, en el caso de que no se consiga disuadir y la conducta se realice igualmente, una sanción pecuniaria podría causar el efecto *boomerang*; es decir, que se genere más odio en contra del colectivo protegido.

Tampoco podemos dejar de lado el hecho de que a los medios de comunicación únicamente se le dirijan “recomendaciones”. Creemos que, imponer a los medios más deberes, o como mínimo un deber específico de no discriminar o de tratar por igual todos los tipos de familia, podría ser muy satisfactorio, ya que estos medios son referencia y modelo a seguir para la gran mayoría de la población y, por tanto, una vía muy eficaz si se pretendiera realmente reforzar la institución simbólica.

Por tanto, contestando ya a la pregunta, creemos que la Llei 11/2014 no ha conseguido crear instituciones mentales ni reforzarlas. Esto no significa, sin embargo, que no pueda conseguirse mediante otra norma de carácter administrativo.

Así, pasando ya a la última pregunta, referente a la proliferación de normas punitivas, podemos decir que, tanto en lo concerniente a la LOVG, como en lo concerniente a la Llei 11/2014, parece que en el legislador hay una confianza desmesurada, casi absoluta, en que el papel es el mejor instrumento para transformar la sociedad.

En ambos casos, también, parece que el legislador se ha preocupado más por el peso publicitario de las normas, que por su verdadero cumplimiento o eficacia. Como expresábamos en palabras de CARMENA “promulgar nuevas leyes puede resultar, políticamente, interesante y además bastante económico [...] Normalmente el político cuando elabora las leyes que prometió, [...], más que solucionar problemas pretende

“hacer algo” que demuestre, a través de los medios, su celo o su interés por aquello de que se trate”⁷⁷.

Podríamos decir, pues, que el colectivo LGTBI ha dado un gran paso: ha conseguido que se le otorguen recursos para luchar contra la discriminación que sufre, frente a la legislación heterosexual hegemónica, pero ello no quita que ésta siga existiendo ni parece que se esté buscando enfocarla en términos más inclusivos. Esta inflación legislativa y este “pluralismo” que marcan las legislaciones específicas no resuelven verdaderamente la desigualdad; antes al contrario, puede incrementarla entre los ‘distintos’ grupos discriminados, que ahora deberán pelear entre ellos para conseguir el reconocimiento del sector político, así lo mantiene GIMÉNEZ MERINO⁷⁸.

El recurso al punitivismo, entonces, en consonancia con lo que ya hemos remarcado a lo largo del trabajo, no resulta la medida más adecuada para prevenir conductas discriminatorias: la intervención mínima no debe ir únicamente dirigida al ámbito penal, sino al *ius puniendi* en general. No queremos decir, con esto, que la LOVG y la Llei 11/2014 sean medidas innecesarias, simplemente creemos que la primera no ha dado resultados tan buenos como para que la segunda intente ir por el mismo camino. Por otro lado, obviamente, no podemos saber como habrían acontecido los hechos de no haberse implantado la LOVG, pero sí que estamos seguros de que si se refuerzan las vías adecuadas, el número de víctimas podría reducirse aún más.

Algunos de esos medios pueden ser la educación, la formación y la sensibilización de la sociedad a través del fomento de valores que pueden transmitirse a través de campañas o a través de asociaciones como *Homes Igualitaris* que luchan contra la igualdad con puntos de vista inclusivos y en favor de todos, no de un único colectivo, o que podrían transmitirse en los medios de comunicación si se implantaran las medidas pertinentes.

En el caso de la Llei 11/2014, después de haberla analizado, no puede decirse que se esté gobernando a través del “delito”, por motivos obvios, pero sí puede confirmarse tal afirmación si cambiamos “delitos” por “infracciones”. Efectivamente, las leyes se han vuelto otro instrumento para retener el poder y para sostener aquellas ideas que puedan aportar más votos a los partidos en las siguientes elecciones (aunque ello signifique proclamar derechos vacíos de contenido que no se pretenden “rellenar”).

⁷⁷ CARMENA CASTRILLO, M. (2005), op. cit. Nota al pie nº 39.

⁷⁸ GIMÉNEZ MERINO (2013). “Los problemas regulatorios del género”. (Dentro de ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes: Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Ed. Trotta. P. 118).

Por todo esto, consideramos necesario, en último lugar, que se revise la técnica legislativa y dejen de promulgarse leyes tan alegremente. Interesa, en este momento, resaltar el proceso legislativo suizo, en el que antes de realizar una ley, se plantean la “conveniencia del establecimiento de un nuevo derecho”⁷⁹ (*Gesetzgebungslehre*). También se le plantea, al responsable de la decisión final, la posibilidad de recurrir a otros medios jurídicos que no impliquen la promulgación de una nueva ley (por ejemplo: mejorar la aplicación de las leyes ya existentes, si es posible) o a otros medios no jurídicos (en este aspecto ya apuntábamos más arriba medios alternativos al mundo jurídico).

En última instancia, si se decide optar, finalmente por adoptar una nueva ley, tampoco puede el legislador olvidar otros aspectos esenciales, si verdaderamente pretende luchar contra la discriminación. En este sentido señala GIMÉNEZ MERINO, y nos sumamos a su opinión, que “el reconocimiento de un derecho no garantiza nada más que la apertura de vías al establecimiento de nuevos deberes jurídicos a su respecto”⁸⁰. Por tanto, mientras que no se cumpla con esos deberes, no podremos hablar de derechos reales y efectivos.

⁷⁹ CARMENA CASTRILLO, M. (2005), op. cit. Nota al pie nº 39. P. 30.

⁸⁰ GIMÉNEZ MERINO, A. (2011), op. cit. nota al pie nº 43.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A) Fuentes bibliográficas

- CAPELLA, J-R. (2013). “Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis”. (Dentro de AA.VV., ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes: Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Ed. Trotta.)
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2007). *Normativización del Derecho penal y realidad social*. Bogotá: Ed. Universidad Externado.
- GIMÉNEZ MERINO, A. (2013). “Los problemas regulatorios del género”. (Dentro de AA.VV., ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes: Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Ed. Trotta.)
- (2011). “La crisis económica como oportunidad para repensar el género en un marco de mujeres y hombres en relación”.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Ed. Civitas.
- LARRAURI, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Ed. Trotta.
- MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Reppertor.
- NIETO, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- PALMA DEL TESO, A. (1996). *El Principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M. (2010). “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador (Principios comunes y aspectos diferenciadores)” (dentro de: AA.VV. Directora: LOZANO CUTANDA, B. *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid: Ed. Iustel).
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2008). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo: Ed. B de F.
- ULRICH, B. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós.

B) Otras fuentes doctrinales

ALONSO, E.M. (2014). “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Un análisis desde el punto de vista de la burorepresión y del derecho policial del enemigo”. Revista *Mientras Tanto*, nº 120. Disponible en: <http://mientrastanto.org/boletin-121/notas/el-anteproyecto-de-ley-organica-de-proteccion-de-la-seguridad-ciudadana>

BAJO FERNÁNDEZ, M. (2008). “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal: Recensión a Bernardo Feijoo, Normativización del Derecho penal y realidad social”. Barcelona: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf

y BACIGALUPO SAGGESE, S. (2008). “Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito”. Disponible en:

https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/12/015_040%20Miguel%20Bajo.pdf

BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003). “De la acción positiva a la "discriminación positiva" en el proceso legislativo español”. Revista: *Jueces para la Democracia*, nº 51. Disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_51.pdf

(2003). “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”. (Dentro de: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 9, (Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003). Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>

(2003). “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 9. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>

CARMENA CASTRILLO, M. (2005). “Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley Integral de Violencia de Género”. Revista: *Jueces para la Democracia*, nº 53. Disponible en:

http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/05_CARMEN_A_WW2.pdf

CEREZO MIR, J. (1975). “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2788179.pdf

DOPICO, J. (2004). “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena (1)”. (Dentro de: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LVII). Disponible en:

http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2004-10014300176_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Delitos_cometidos_por_motivos_discriminatorios:_una_aproximaci%F3n_desde_los_criterios_de_legitimaci%F3n_de_la_pena

GARCÍA AMADO, J.A. (2008). “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. Revista: *Documentación Administrativa: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, nº 280-281, Tomo I. Disponible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=9600&path%5B%5D=9601>

GÓMEZ HERMOSO, R. (2012). “Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los Informes Psicológicos Forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid”. Disponible en:

<http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>

LARRAURI, E. (2009). “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y Derecho penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Disponible en: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/desigualdades-sonoras-elena-larrauri.pdf>

LAURENZO, P. (2005). “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>

OBSERVATORI CONTRA L’HOMOFÒBIA (2015), “No volem paper mullat”. Disponible en: <http://observatori-contra-homofobia.blogspot.com.es/2015/05/no-volem-paper-mullat-concentracio-17.html>

- PUIG GALINDO, C. (1987). “Notas sobre la potestad sancionadora de la administración”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344064149?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1987_1477.pdf&blobheadervalue2=1288776937352
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2004). “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”. Disponible en: <http://www.ikusbide.org/data/documentos/0054.pdf>
- REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR y BUENO ARMIJO (2005). “Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España: los Derechos y las Garantías de los ciudadanos”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370101>
- SOLEY, J. (2014). “La Ley antihomofobia de Cataluña: ¿antidiscriminación o promoción?”. *Forum Libertas, Diario Digital*. Disponible en: http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=32329
- SUAY, J. (2008). “La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar”. Revista: *Documentación Administrativa: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, nº 280-281, Tomo I. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=9601&path%5B%5D=9604>
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A. (1994), “Despenalización y crisis del Derecho administrativo sancionador”. Revista: *Jueces para la Democracia*. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/ixcongreso/comunicados/Despenalizacion%20y%20crisis%20del%20Derecho%20Administrativo%20sancion%85.pdf>

C) Fuentes normativas⁸¹

Constitución Española de 1978.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Llei 11/2014, de 10 d'octubre, *per a Garantitzar els Drets de Lesbianes, Gais, Bisexuals, Transgèneres i Intersexuals i per a eradicar la homofòbia, la bifòbia i la transfòbia*.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995*.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*.

⁸¹ Citadas por orden cronológico.

VII. ANEXOS

	1. Penas privativas de libertad	1.1 Prisión	1.2 Responsabilidad personal subsidiaria	1.3 Localización permanente	1.4 Arresto en fin de semana	2. Penas privativas de otros derechos	2.1 Inhabilitación absoluta	2.2 Inhabilitación especial para empleo	2.3 Suspensión de empleo o cargo público	2.4 Privación de derecho de conducir vehículos	2.5 Privación de derecho de tenencia de armas	2.6 Privación de derecho de residir en determinados lugares	2.7 Prohibición de aproximarse a la víctima	2.8 Prohibición de comunicarse con la víctima	2.9 Trabajos en beneficio de la Comunidad	3. Multa	4. Expulsión del territorio nacional
Total	1.000,0	253,7	252,8	0,1	0,8	542,8	1,0	182,8	0,2	118,8	46,9	0,1	53,2	46,2	83,2	200,3	3,2
1. Homicidio y sus formas	5,8	2,3	2,3	0,0	0,0	3,3	0,4	0,0	0,0	0,4	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
2. Aborto	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
3. Lesiones	175,2	35,0	34,8	0,0	0,1	133,8	0,0	27,5	0,0	2,4	28,4	0,2	30,1	26,0	18,2	8,1	0,3
4. Lesiones al feto	0,2	0,1	0,1	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Manipulación genética	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
6. Contra la libertad	68,7	9,0	8,9	0,0	0,1	59,0	0,0	7,2	0,0	0,0	13,7	0,0	15,1	13,8	9,2	0,7	0,0
7. Torturas e integridad moral	18,6	2,8	2,8	0,0	0,0	16,5	0,0	2,4	0,0	0,0	4,3	0,0	4,2	3,7	1,6	0,0	0,0
7 BIS. Trata de seres humanos	0,1	0,1	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
8. Contra la libertad e indemnidad sexuales	11,3	3,7	3,7	0,0	0,0	8,4	0,2	3,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,8	1,4	0,0	1,2	0,0
9. Omisión del deber de socorro	0,3	0,1	0,1	0,0	0,0	0,1	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
10. Contra la intimidad, derecho a la propia imagen	2,3	0,9	0,9	0,0	0,0	1,0	0,0	0,6	0,0	0,0	0,0	0,0	0,2	0,1	0,1	0,4	0,0
11. Contra el honor	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
12. Contra las relaciones familiares	14,7	4,2	4,2	0,0	0,0	3,8	0,0	2,7	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,8	0,0
13. Contra el patrimonio y orden socioeconómico	188,4	87,1	86,9	0,0	0,2	72,6	0,0	63,8	0,0	0,1	0,0	0,0	0,9	0,6	7,0	25,6	1,2
14. Contra la Hacienda Pública y Seguridad Social	3,4	1,1	1,1	0,0	0,0	1,2	0,0	1,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,1	0,0
15. Contra los derechos de los trabajadores	4,3	1,4	1,4	0,0	0,0	1,2	0,0	1,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,7	0,0
15 BIS. Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	0,7	0,3	0,3	0,0	0,0	0,3	0,0	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0
16. Ordenación del territorio, urbanismo, protección patrimonio histórico y medio ambiente	4,0	1,1	1,1	0,0	0,0	1,8	0,0	1,7	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,1	0,0
17. Contra la seguridad colectiva	372,0	51,0	50,8	0,0	0,1	164,8	0,1	30,9	0,0	114,6	0,0	0,1	0,0	0,0	46,1	125,6	0,6
18. De las falsedades	31,6	11,7	11,7	0,0	0,0	8,5	0,0	8,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,4	10,8	0,6
19. Contra la Administración Pública	6,2	2,5	2,5	0,0	0,0	2,8	0,1	1,9	0,1	0,6	0,0	0,0	0,0	0,0	0,2	0,7	0,0
20. Contra la Administración de Justicia	49,8	17,7	17,7	0,0	0,1	17,7	0,0	12,6	0,0	0,1	0,3	0,0	0,5	0,4	3,8	14,3	0,1
21. Contra la Constitución	0,8	0,3	0,3	0,0	0,0	0,3	0,0	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,2	0,0
22. Contra el orden público	41,7	21,0	20,8	0,0	0,1	17,6	0,1	15,5	0,0	0,2	0,1	0,0	0,1	0,1	1,3	2,6	0,3
24. Contra la Comunidad Internacional	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Ley Orgánica de Represión del Contrabando	0,6	0,2	0,1	0,0	0,0	0,2	0,0	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,2	0,0
Ley Orgánica del Régimen Electoral General	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0

TABLA I

Fuente:
Instituto
Nacional de
Estadística
(2013).

TABLA II

Año	Número de víctimas mortales
Año 2003	71
Año 2004	72
Año 2005	57
Año 2006	69
Año 2007	71
Año 2008	76
Año 2009	56
Año 2010	73
Año 2011	61
Año 2012	52
Año 2013	54
Año 2014	54
Año 2015	14

Número de víctimas mortales por violencia de género en los años comprendidos entre el 2003 y el 2015.

Fuente: Portal Estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

TABLA III

TABLA 1. TIPOLOGÍA DELICTIVA POR REINCIDENCIA

Tipología	Reincidencia (tipología)	Reincidencia (porcentaje)
Agresión sexual (n=37)	Robo con violencia, robo y violencia de género (3/37)	(8,1%)
Abuso sexual a menor (n=16)	Abuso sexual a menor (2/16)	(12,5%)
Asesinato (n=23)	Homicidio (1/23)	(4,3%)
Homicidio (n=31)	4 robos con intimidación (4/31)	(12,9%)
Violencia de género (n=36)	2 *CSP; 1 estafa, 5 violencia de género (8/36)	(22,2%)
Detención ilegal (n=7)	(0/7)	(0,0%)

*CSP= delitos contra la salud pública

Fuente: GÓMEZ HERMOSO, R. (2012). “Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los Informes Psicológicos Forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid”. Disponible en:

<http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>