

COMENTARIO A LA PONENCIA DEL DR. LUIS GRECO, “ASESINATOS POR HONOR EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN”

*Miguel Ángel Boldova Pasamar
Catedrático de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza*

1. Se aborda el problema de los denominados “asesinatos por honor” de los que son víctimas principalmente las mujeres –pero también los homosexuales– en numerosos lugares del mundo (son tradiciones perpetuadas en comunidades ubicadas en un eje geográfico que abarca Oriente Medio y Próximo, Turquía y los países de su entorno cultural, África y buena parte del subcontinente indio) sobre la base –más que de una concreta religión (se cita principalmente la musulmana)–, de culturas atávicas, feudales o tribales. En la actualidad estos comportamientos se reproducen también en ciertos países de Europa favorecidos por la multiculturalidad (se han dado casos no sólo en Alemania, sino también en Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia, Italia y Francia). El Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha cifrado en más de 5.000 los crímenes de honor que se registran cada año en todo el mundo¹ y existen distintas iniciativas internacionales para luchar contra este fenómeno, entre las que destaca la Resolución de 30 de enero de 2003 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (57/179) y titulada «*Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*», que insta a los Estados a una efectiva protección de las mujeres y a que estos crímenes no sean tolerados. Por su parte, en Europa, la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (2010/C 285 E/07), en referencia expresa a los crímenes de honor y a las mutilaciones genitales, insta a los Estados a que rechacen cualquier referencia a prácticas culturales tradicionales o religiosas como circunstancia atenuante de la responsabilidad del autor del delito.

La cuestión entronca directamente con el problema clásico de la filosofía jurídica en torno tanto a las relaciones como a las diferencias imprescindibles entre el Derecho y la Moral. Las normas jurídicas se basan esencialmente en las normas de la cultura: constituyen delito las infracciones más graves de la Ética social. Como indica *M. E. Mayer*, las normas jurídicas no se diferencian de las reglas de conducta que pertenecen al ordenamiento religioso, moral y convencional por un contenido especial.

¹ Véase http://www.un.org/es/events/women/iwd/2010/acnudh_message.shtml

Las diferencias estriban en que el Derecho ha hecho suyos una forma y garantía propias, pero los contenidos de unas y otras no pueden ser independientes². Por eso un asesinato atenta tan gravemente contra el Derecho como contra la Moral. Sin embargo, los móviles, al ser secundarios en el contexto de una determinada actuación delictiva, pueden tener diferente significación para uno y para otro. Aquí no es obligada la coincidencia (supuestos en los que hay culpabilidad jurídica y culpabilidad moral) y nos podemos encontrar con situaciones dispares: supuestos en los que existe culpabilidad jurídica, pero no culpabilidad moral (por ejemplo, autor de un delito por razones de conciencia), y viceversa (por ejemplo, legítima defensa, actuando con ánimo de defensa pero también por codicia). Si esto es así es porque en el Estado liberal el distanciamiento entre el Derecho y la Moral se ha manifestado en el asentamiento de un Derecho Penal basado en la culpabilidad por el hecho –y no por la conducta de vida o por el carácter–, de modo que el Derecho Penal se ocupa primordialmente de hechos y apenas es exigente con la motivación moral. A este respecto se comparte la idea de que el Derecho se conforma con el acatamiento externo de las normas (su cumplimiento principalmente mediante omisiones), sin exigir una aceptación interna de las mismas, siendo indiferente que el respeto a la norma jurídica se produzca por temor a la pena, por la interiorización de los valores jurídicos o por cualquier otra razón. Pero entonces la pregunta debe ser si puede el Derecho en caso de incumplimiento de la norma jurídica, por haberse guiado el sujeto en virtud de sus normas de cultura, valorar positiva o negativamente dicha motivación, al margen de la valoración negativa del comportamiento central mismo (muerte de un ser humano), o bien, si ha de permanecer neutral por lo que a la motivación cultural respecta.

2. Se introduce así la cuestión del tratamiento del autor por convicción³, que se comporta guiado por razones ideológicas, morales o religiosas, lo que opera como contramotivo para lesionar la norma jurídica, en virtud de un conflicto interno entre el deber moral y el deber jurídico, que hace que no experimente un sentimiento de

² M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965, pp. 19 ss. Traducción al español por Guzmán Dalbora, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Hammurabi, 2000, pp. 55 ss.

³ La discusión contemporánea sobre el tratamiento jurídico penal del delincuente por convicción comienza con Radbruch, *Der Überzeugungsverbrecher*, ZStW, 1924 pp. 34 ss. Traducción al español por Guzmán Dalbora en RECPC 07 (2005).

culpabilidad a pesar de conocer la significación antijurídica de su comportamiento⁴. El asesinato por honor, al obedecer a unas razones culturales concretas (de índole moral o religiosa) que motivan al agresor a actuar, aparece como una manifestación más de autor por convicción, y de hecho en sus países de procedencia estas prácticas son toleradas o no se persiguen. La relevancia en el Derecho Penal del autor por convicción obedece a que la libertad de conciencia y de creencias constituye un derecho fundamental (art. 4 GG y 16 CE)⁵.

Dependiendo de las distintas hipótesis la doctrina ha venido señalando dos posibles efectos sobre la pena en virtud de la motivación del autor por convicción al margen de su completa irrelevancia: eximir de pena o atenuar la pena. El efecto más comúnmente reconocido al delincuente por convicción ha sido la mera atenuación de la pena y en concreto de la culpabilidad: es menor la reprochabilidad de la conducta antijurídica. La posible irrelevancia de la motivación del autor por convicción aparece también como alternativa, pero no se suele plantear la agravación de su responsabilidad penal, aun cuando en nombre de las convicciones se hayan cometido los crímenes más horribles del siglo XX y la motivación del autor en general sea susceptible de agravación en la mayor parte de las legislaciones penales. De ahí que no necesariamente el autor por convicción y el delito culturalmente motivado se hagan merecedores de una especial consideración. Sin embargo, son muy diversos los supuestos que se pueden reconducir a la mencionada tipología de autor, por lo que debe diferenciarse según los hechos delictivos y la naturaleza de los motivos condicionantes del obrar.

⁴ En realidad se distingue entre el autor por convicción y el autor por conciencia. Así, Hirsch destaca que mientras los delitos de conciencia están impregnados de un conflicto ético interno entre lo bueno y lo malo, en los delitos por convicción sólo se trata de una alternativa entre lo correcto y lo incorrecto (*Derecho Penal y autor por convicción*, en *Derecho Penal, Obras completas II*, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 174; realmente distingue aún una tercera categoría de autores de desobediencia civil). Por su parte, Baucells i Lladós, siguiendo la ética kantiana, diferencia entre la actuación por conciencia, caracterizada por consistir en un deber moral puro (imperativo categórico, acción necesaria por sí misma), y la actuación por simple convicción ideológica o religiosa que se realiza por sentirse motivado en virtud de otra inclinación (imperativo hipotético, acción que persigue otro fin), casos estos en los que quedaría excluido el concepto de deber moral, ya que en tales actuaciones el autor no actúa por encontrarse ante un deber moral, sin por otro propósito interesado (*La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 134 ss.) Referencias más amplias en Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, 2001, pp. 10 ss.

⁵ Para hacer referencia a los supuestos abordados en el trabajo del Dr. Greco (crímenes de honor) actualmente se habla, más que de autoría por convicción, de “delitos culturalmente motivados”, que se definen como aquellos comportamientos realizados por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante, cuando dicho comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto; v. De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados*, Marcial Pons, 2012, p. 68 y 89 ss.

En primer lugar, por tanto, es determinante la clase de delito sobre el que gira el enjuiciamiento. Puesto que hablamos de muertes de seres humanos, y la vida es el bien jurídico fundamental de la persona, las convicciones del sujeto o las apelaciones al honor ceden absolutamente, de modo que estamos ante hechos antijurídicos, culpables y punibles, dado que se concretan en la afección de otros bienes constitucionales de rango superior. En cuanto a las motivaciones del autor se cuenta con las opciones de agravar, de atenuar o ninguna de las anteriores. Y todo ello según se ponga el acento en la influencia que en la motivación del autor ha ejercido el honor personal y familiar o las propias tradiciones culturales (lo que daría paso a la atenuación), o bien si dichas prácticas son repudiables desde el punto de vista de la Ética social y cultural del país de enjuiciamiento (lo que abriría la posibilidad de la agravación).

3. En Alemania el problema se presenta en términos agravantes o, más aún, calificativos de la conducta típica, porque desde los noventa para la jurisprudencia constituye un “móvil abyecto” matar para restablecer el honor personal y familiar (conforme a una concepción cultural extraña y arcaica), estimando en consecuencia que el hecho es constitutivo de un asesinato, y no de un mero homicidio, de acuerdo con el StGB. Ahora bien, en primer lugar hay hacer constar que, al margen del ámbito de las causas de justificación, las motivaciones para proceder a la muerte de un ser humano en pocos casos pueden ser valoradas ético-socialmente o jurídicamente como positivas. Apenas las razones de piedad (eutanasia) y la reacción ante una grave afrenta u ofensa previa –y aquí entrarían también las consideraciones sobre el honor, incluso las circunstancias pasionales–, podrían llegar a desplegar efectos atenuantes (a esta idea parece responder el § 213 del StGB, *Minder schwerer Fall des Totschlags*). En cambio, en la mayor parte de los supuestos los móviles o las motivaciones para matar a un ser humano se centran en aspectos ético-sociales negativos, algunos de los cuales han sido seleccionados específicamente como cualificaciones en el asesinato en el Derecho Penal alemán: la codicia (*Habgier*), la satisfacción del instituto sexual (*Befriedigung des Geschlechtstrieb*), el placer de matar (*Mordlust*), o, genéricamente, otros móviles abyectos (*sonstige niedrige Beweggründe*). Incluso matar dolosamente sin motivo aparente puede constituir para

la jurisprudencia alemana un móvil abyecto⁶. A mi juicio, una tipificación tan exhaustiva y, sobre todo, con una fórmula tan abierta de los motivos otorga un papel todavía muy destacado en las valoraciones jurídicas a la Moral y a la Ética social, lo que parece poner en peligro la afirmación kantiana de que el Estado liberal solo se preocupa por la legalidad y no por la moralidad.

Por el contrario, en España únicamente la codicia de forma fragmentaria (esto es, la circunstancia de precio, recompensa o promesa) desempeña un papel como elemento de la motivación del autor para transformar en asesinato un homicidio⁷. Lejos quedan los tiempos en los que nuestro ordenamiento jurídico privilegiaba el uxoricidio (vigente hasta 1963) y el infanticidio *honoris causa* (vigente hasta 1996). El resto de motivaciones no alteran el tipo delictivo y a lo sumo constituyen meras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (al margen también de su posible toma en consideración en el abierto y sinuoso marco de la individualización judicial de la pena). Tan solo algunos aspectos concretos relacionados con la motivación del autor se presentan en el Derecho español como meras circunstancias del delito de carácter general⁸: simplemente es un homicidio agravado aquel que se realiza con la circunstancia agravante de motivos discriminatorios (art. 22.4^a) y un homicidio atenuado aquel que se realiza en un estado pasional (art. 22.3^a).

De lo anterior puede deducirse que ni el Derecho alemán ni el español, en mayor o en menor medida, han renunciado a valorar jurídicamente la motivación del autor del

⁶ V. Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 28. Aufl., 2010, n. m. 18, p. 1902; Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 10 Aufl., 2009, n. m. 18, p. 22; Schneider, *Münchener Kommentar StGB §§ 185-262*, C. H. Beck, 2003, nn. m. 79 ss., pp. 387 s.; críticamente Ziemann, *Critical remarks on the "Killing Without Obvious Reason" Case (Federal Court of Justice, Decision of 13 July 2005)*, disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/literature/ziemann.htm>

⁷ Dejo al margen las referencias a la alevosía (*Heimtücke*) y al ensañamiento (concepto próximo a la crueldad, *Grausamkeit*) como circunstancias calificativas del delito de asesinato en el CP español, por tratarse de circunstancias que no se basan principalmente en la motivación del autor, sino en una forma especial de ejecución de la muerte.

⁸ En el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 28.4.^a) se incluía una agravante de "obrar por móviles abyectos o fútiles". Una especificación de la misma aparecía igualmente en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (art. 24.4.^a), consistente en "obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas". En sucesivos proyectos esta agravante desapareció y tampoco el nuevo Código penal de 1995 la incluyó. Por el contrario, la atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia (art. 9.7.^a del Código penal de 1973) quedó sin contenido tras la reforma por la L.O. 8/1983, de 25 de junio; v. sobre la misma Díez Ripollés, *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, ADPCP, 1979, pp. 93 ss.

delito, y ello puede observarse igualmente en otros ordenamientos jurídicos próximos⁹. No obstante, no parece adecuado emplear fórmulas vagas como la de motivos abyectos, porque resulta demasiado amplia y ambigua, generando un riesgo de moralización del Derecho Penal, ya que parecen evocar rasgos de la personalidad de egoísmo extremo (Derecho penal de autor) cuando no los mismos pecados capitales (Derecho penal moralizante), y ello obliga a efectuar necesariamente interpretaciones restrictivas. Por el contrario, sería preferible que el legislador acotara los datos susceptibles de valoración y vinculara los elementos de la motivación, no ya con una determinada moral (aunque sea mayoritaria), sino con los valores cívicos constitucionales vigentes, que son los únicos que pueden poner de manifiesto una mayor reprobabilidad *jurídica* de la motivación. En suma sería preciso en un Estado liberal que la agravación de la pena basada en la motivación del autor de un delito guardara relación con la legalidad y no con la moralidad. Así parece observarse en el Código penal francés, que, prescindiendo de alusiones de contenido moral, castiga con pena de reclusión criminal a perpetuidad –aunque no como asesinato– la muerte (art. 221-4): *6.º En razón de la pertenencia o no pertenencia, real o supuesta, de la víctima a una etnia, nación, raza o religión determinada; 7.º En razón de la orientación sexual de la víctima; o 10.º Contra una persona debido a su negativa a contraer un matrimonio o a concertar una unión*. En tales hipótesis puede concurrir una motivación ética reprochable, pero ante todo existe una motivación jurídico-socialmente despreciable, ya que se produce con clara infracción de los derechos y principios de no discriminación y de libertad y autonomía de las personas que inspiran nuestras Constituciones, las cuales no olvidemos que constituyen –al igual que sucede con las mayoría de figuras delictivas del Derecho Penal– la traducción normativa de las principales concepciones ético-sociales vigentes en los respectivos países.

4. Por otra parte, se han invocado todas las categorías del delito para insertar valorativamente en alguna de ellas la motivación del autor (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad e, incluso, punibilidad¹⁰). Siguiendo a mi maestro *Cerezo Mir*, los elementos subjetivos pertenecen a lo injusto cuando sin ellos no es posible determinar la conducta prohibida por la norma (así el dolo y los elementos subjetivos de lo injusto,

⁹ Tipificaciones similares nos encontramos en el Código penal italiano, en el que también constituye una circunstancia agravante que determina la imposición la pena cadena perpetua (*Ergastolo*) el homicidio realizado por móviles abyectos o fútiles (art. 577.4).

¹⁰ V. la propuesta de De Maglie, *op.cit.*, pp. 272 ss., de una causa de no punibilidad “cultural” (esto es, una excusa absoluta, aunque de apreciación restringida y limitada) para el autor del delito culturalmente motivado.

como el ánimo de lucro en el hurto). Mientras que pertenecen a la culpabilidad los que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad¹¹. Conforme a ello, la prohibición de matar a otro no depende de los motivos, sino que es absolutamente independiente de los mismos. Del mismo modo, lo injusto del hecho de matar a otro – el desvalor de la acción y el desvalor del resultado– es el mismo con independencia de los motivos del comportamiento. De manera que por lo que respecta a los móviles abyectos, si por tales se considera conforme a la doctrina y jurisprudencia alemanas aquellos que, de acuerdo con una valoración moral general, se sitúan en la escala más baja posible, debiendo ser no sólo moral sino socialmente despreciables, por un lado, parece evidente que su sentido solo puede ser agravante y, por otro lado, la agravación solo se puede explicar por una mayor reprochabilidad de la conducta.

El Dr. Greco rechaza que los crímenes de honor puedan considerarse un supuesto de máxima reprochabilidad –al subsumirse en la cláusula de móviles abyectos– atendiendo a argumentos morales. Y lleva razón, porque las propias convicciones sobre el honor personal y familiar de personas socializadas conforme a escalas culturales diversas no es algo que encaje con aquello que debería encontrarse en la escala más baja en el sentido moral. Considera en cambio que puede fundamentarse una culpabilidad alejada de la moralidad y referida únicamente a la legalidad, que concreta en una culpabilidad como *decisión no prudente a favor del propio castigo*. El autor no puede esperar un trato distinto porque piense y obre de manera diferente al resto, ni puede confiar que se le juzgue en Europa conforme a las costumbres de sociedades patriarcales. Aunque esto a primera vista pudiera parecer un argumento circular para reconocer máxima reprochabilidad al autor de un crimen de honor, no lo es, porque la culpabilidad máxima no es para el Dr. Greco sino reflejo de un injusto máximo. Es decir, sólo estima que el móvil de honor constituye un motivo abyecto si se concreta en lo injusto en un momento específico que permita el incremento de ese injusto en una medida que convierta en asesinato lo que de otro modo sería homicidio. Dicho momento específico se concreta, según Greco, en que en las muertes cometidas por honor el autor no solo deniega el bien jurídico vida, sino que, adicionalmente, niega el derecho a vivir cada uno su propia vida, es decir, el derecho a la *autonomía*.

¹¹ Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español, Parte General II*, 6.ª ed., Tecnos, 1998, p. 158.

En mi opinión la lesión del bien jurídico vida encierra todas las manifestaciones de la vida, entre ellas el derecho a la vida en autonomía o el derecho a orientar la propia vida según las propias decisiones. De modo que no acabo de advertir un *plus* de injusto (un “hecho” más grave) que permita realizar una valoración adicional e independiente que no esté ya comprendida y abarcada por lo injusto mismo de matar. Sin embargo, comparto con el Dr. Greco que en estos casos de muertes por honor puede concurrir un injusto autónomo que habría que valorar como un añadido a lo injusto propio del homicidio, si bien todo ello queda supeditado a las posibilidades que ofrezcan las disposiciones legales establecidas por cada Código penal.

5. En la mayor parte de los llamados “crímenes de honor” nos encontramos claramente ante una cuestión de género, debido a que la inmensa mayoría de las víctimas son mujeres, a quienes, bajo el pretexto de simbolizar el pudor familiar, se quiere someter a condiciones de control y dominación inaceptables desde el punto de vista de los derechos humanos. Un fenómeno paralelo pero no coincidente lo encontrábamos en el Derecho español que castigaba con pena de destierro el uxoricidio *honoris causa* o crimen pasional y, desafortunadamente, esta clase de tipos privilegiados todavía siguen vigentes en algunos estados de México¹², que castigan las muertes de mujeres con una pena atenuada. Sin embargo, en estas figuras delictivas se parte de una actuación inmediata al descubrimiento de la infidelidad y por tanto de un contexto pasional; mientras que en los supuestos abordados en el trabajo del Dr. Greco dicho contexto no constituye un elemento de discusión (como tampoco guarda relación con ellos el problema respecto al principio de igualdad y de no discriminación por tratarse de tipos privilegiados o atenuaciones de la pena aplicables al hombre y no a la mujer). Pero tienen en común que en la inmensa mayoría de los casos el autor realiza el hecho en condiciones *previas* de abuso de una relación de control y dominación sobre la víctima, a la que finalmente agrede hasta la muerte por su condición de mujer no controlada o no sometida, es decir, por razones machistas o sexistas.

Dicha circunstancia, no sólo motivacional sino fáctica, viene recogida expresamente en el Derecho penal español, puesto que castiga como delito los malos tratos (ocasiones y habituales), las amenazas y las coacciones en el ámbito familiar y, todavía de forma más específica y cualificada, cuando se producen en relaciones de

¹² V. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/05/actualidad/1330981386_402961.html

género entre la pareja. De manera que un homicidio de honor, que no constituya asesinato (por falta de alevosía, precio o ensañamiento), podrá entrar en concurso de delitos con esas otras figuras delictivas contra la libertad o la integridad física, psíquica o incluso moral. Pero, aunque no se diera un concurso de delitos, en el homicidio por honor podrían llegar a aplicarse igualmente las agravantes de parentesco (art. 23) y la de motivos discriminatorios referidos al sexo, orientación o identidad sexual de la víctima (art. 22.4.a)¹³, aunque en este último motivo de agravación no es mayor lo injusto del hecho sino la culpabilidad del autor: resulta más reprochable la conducta antijurídica realizada por un móvil discriminatorio.

En suma, creo también que existe un fundamento objetivo y normativo –no meramente subjetivo o moralizante– para estimar que un homicidio o asesinato por honor, en el que el autor actúa por motivos discriminatorios en razón del sexo femenino de la víctima –o de su orientación sexual en el supuesto de víctima homosexual, o de su identidad sexual si la víctima es transexual–, constituye una motivación despreciable ético-socialmente y, por tanto, abyecta en el sentido del tipo del asesinato en el Código penal alemán¹⁴. Como consecuencia de todo ello habría que preguntarse si no sería más adecuado suprimir con referencia a estos asesinatos la expresión acompañante –por honor–, porque parece insinuar algo que no es real en las sociedades occidentales, esto es, que tales asesinatos tengan el carácter honorables o de honrosos, siendo justamente su significación jurídica la contraria: son asesinatos machistas o por razón de género. Por último, se podría sugerir al legislador de un Estado liberal que si quiere valorar en la ley penal las motivaciones del autor procure desconectarlas de elementos puramente anímicos (tendientes a los argumentos morales) y, en su caso, las vincule con violaciones concretas y determinadas de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano (fijándose en los argumentos legales).

¹³ V. En la práctica jurisprudencial española no hay dificultad en apreciar la agravante de parentesco cuando la muerte se produce entre parientes, pero no se aplica en cambio la de motivos discriminatorios en razón del sexo de la víctima, aun cuando el homicidio o asesinato de la mujer se haya producido en el contexto de una actuación machista o sexista y sea calificado como un supuesto de “violencia de género”. Resulta llamativo este hecho en la medida en que el CP español castiga más gravemente (con tipos independientes) la violencia de género habitual u ocasional, pero prescinde de la estrategia agravatoria cuando la violencia termina en deceso de la mujer.

¹⁴ V. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Aufl., C.H. Beck, 2010, nn. m. 27 y ss., pp. 1375 s., aludiendo como motivaciones abyectas al racismo y a otra clase de motivos discriminatorios, entre los que se encontrarían los crímenes de sangre (*Blutrache*), lo que alcanzaría también, por ejemplo, al crimen cometido sobre otra persona con la que la mujer se ha escapado por razón sus creencias religiosas o la ausencia de las mismas. Queda fuera de los motivos abyectos, en cambio, la muerte de la pareja simplemente porque le haya abandonado y el autor no pueda soportarlo.