



CEU

*Escuela Internacional
de Doctorado*

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA DE DERECHO PENAL**

**LA DELIMITACIÓN TÍPICA DE LOS
DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO
SEXUAL**

Tesis presentada para aspirar al grado de
DOCTORA EN DERECHO

Programa de Doctorado en Derecho y Economía CEINDO

Presentada por: Dña. Ana Olalde García

Dirigida por: Catedrática Dra. Dña. Avelina Alonso de Escamilla

Madrid, 2022

A mi familia, y en particular a mi madre,
por ser mi guía en cada aventura que emprendo.

Mujer de barro soy, mujer de barro:
pero el amor me floreció el regazo.

Mujer
¡Cuán vanamente, cuán ligeramente
me llamaron poetas, flor; perfume!

Flor; no: florezco. Exhalo sin mudarme.
Me entregan la simiente: doy el fruto.
El agua corre en mí: no soy el agua.
Árboles de la orilla, dulcemente
los acojo y reflejo: no soy árbol.
Ave que vuela, no: seguro nido.

Cauce propicio, cálido camino
para el fluir eterno de la especie.

(Mujer de barro, 1948,
Ángela Figuera Aymerich)

AGRADECIMIENTOS

Los agradecimientos son las últimas líneas que un doctorando escribe, y las primeras que ven aquellos que leen el fruto de tanto esfuerzo. Su importancia, como tantas veces he escuchado, solo se entiende una vez que terminas la tesis doctoral. Intentaré resumir la gratitud que siento hacia todas aquellas personas que han me han brindado su apoyo incondicional durante este viaje.

La primera de ellas, mi maestra, la Catedrática Dña. Avelina Alonso de Escamilla. Gracias por la confianza que has depositado en mi desde aquel lejano primer Trabajo Fin de Grado. Por la guía, consejos, y ayuda que me has dedicado en el camino de la docencia e investigación. El ejemplo de integridad intachable y buen hacer como penalista me acompañarán siempre, pero, sobre todo, la admiración que siento hacia el gran ser humano que eres. Ser tu discípula y aprender a tu lado es un privilegio al que espero poder honrar y por el que te estaré eternamente agradecida.

En segundo lugar, quisiera agradecer a la Universidad San Pablo CEU, mi alma mater, por todos los momentos vividos en su Facultad de Derecho. Aquí estudié Derecho y Ciencias Criminológicas y de la Seguridad y aquí me doctoro.

También a la Universidad de Castilla-La Mancha y, en particular, a la Doctora Dña. Silvia Valmaña Ochaita, en donde realicé una estancia de investigación bajo su tutela sumamente fructífera. Y al Catedrático D. Esteban Mestre Delgado, que me permitió publicar mi primer artículo en la prestigiosa Revista “La Ley Penal”, que él dirige.

Y por supuesto, a mi familia. A mis padres, Fernando y Rosa; a mi hermano, Miguel; a mi tía, Eva; a mis abuelos, Baltasar y Josefa; a mi abuela, Rocío. A todos vosotros, gracias con mayúsculas, nunca os podré devolver todo lo que me habéis dado y enseñado. En particular, quisiera dedicar unas palabras a mi abuelo, sin el cual ninguno de nosotros seríamos las personas que somos, tu ejemplo de esfuerzo y generosidad será siempre eterno; y a mi madre, mi gratitud hacia ti es incalculable, este trabajo ha sido posible por cada palabra de ánimo que me has dedicado en el camino.

No puedo olvidarme de la Profesora Dra. Dña. Ángela Casals Fernández, que me ha acogido con los brazos abiertos y me ha ayudado de forma desinteresada desde que nos conocimos.

Por último, quisiera agradecer a Andrea, que ha sido un pilar fundamental, y a todas aquellas personas que, aunque no estéis aquí nombradas, me habéis sostenido y animado para que siguiera hacia delante.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	11
1. Elección del tema	11
2. Metodología aplicada	15
<u>CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL</u> ...	17
1. Importancia del estudio de la aproximación histórica y evolución legislativa	17
2. Aproximación histórica y evolución legislativa de la etapa anterior a la codificación penal española. El Derecho en épocas romana, visigoda, Edad Media y Edad Moderna	20
2.1. Los delitos de agresión y abuso sexual en la época romana	22
2.1.1. El Derecho penal en Roma. Consideraciones preliminares y problemas prácticos: orden doméstico, orden militar y magistraturas	22
2.1.2. Normas reguladoras y ubicación sistemática de los delitos de agresión y abuso sexual: Desde la Monarquía hasta el Dominado	28
a) Monarquía: Derecho consuetudinario y literatura grecorromana.....	22
b) República: La Ley de las XII Tablas y la Lex Plautia di vi.....	31
c) Principado: Lex Julio de vi publica.....	33
d) Dominado.....	34
2.1.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Derecho romano	35
a) La conducta típica.....	35
b) Los sujetos intervinientes.....	37
c) Aspecto subjetivo del ilícito.....	39
d) Consumación del delito.....	39
e) Autoría y participación.....	40

f) El bien jurídico protegido.....	41
2.2. Los delitos de agresión y abuso sexual en la época visigoda.....	43
2.2.1. Consideraciones preliminares: Asentamiento y formación del derecho visigótico. Importancia del estudio del Derecho visigodo	43
2.2.2. Normas reguladoras: El Código de Eurico y el Liber iudiciorum, el Brevario de Alarico II y el Derecho canónico	44
2.2.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Derecho visigodo.....	50
a) La conducta típica.....	50
b) Los sujetos intervinientes.....	52
c) Aspecto subjetivo del ilícito.....	55
d) Consumación del delito.....	56
e) Autoría y participación.....	57
f) El bien jurídico protegido.....	59
2.3. La regulación de los delitos de agresión y abuso sexual en la Edad Media	60
2.3.1. Consideraciones previas	60
2.3.2. Normas reguladoras: El Fuero Real, El Espéculo, Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de 1378	63
a) El Fuero Real.....	65
b) Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de 1378.....	68
2.3.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en Las Partidas de Alfonso X	72
a) La conducta típica.....	72
b) Los sujetos intervinientes.....	74
c) Aspecto subjetivo del ilícito.....	76
d) Consumación del delito.....	77
e) Autoría y participación.....	77
f) El bien jurídico protegido.....	78

2.4. Los delitos de agresión y abuso sexual en la Edad Moderna.....	79
2.4.1. Consideraciones preliminares: La formación del Estado Moderno	79
2.4.2. Normas reguladoras: Las Partidas y la Novísima Recopilación.....	80
3. Aproximación histórica y evolución legislativa de los delitos de agresión y	
abuso sexual a raíz de la codificación penal española	81
3.1. La codificación penal española.....	81
3.2. Los delitos de agresión y abuso sexual en la etapa comprendida desde	
el Código Penal de 1822 al de 1989	84
3.2.1. El Código Penal de 1822	84
3.2.2. El Código Penal de 1848 y la reforma de 1850.....	89
3.2.3. El Código Penal de 1870	92
3.2.4. El Código Penal de 1928	93
3.2.5. El Código Penal de 1932	98
3.2.6. El Código Penal de 1944	100
3.2.7. Las sucesivas propuestas y reformas hasta el Código Penal de	
1989.....	102
3.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los	
delitos de agresión y abuso sexual en los Códigos Penales de 1822 a 1944:	
Violación, abusos deshonestos y honestidad	110
3.3.1. El delito de violación.....	110
3.3.1.1. La conducta típica del delito de violación.....	110
a) La violación mediante el empleo de fuerza.....	112
a.1) Especial referencia a la resistencia.....	118
b) La violación mediante el empleo de intimidación.....	120
c) La privación de razón o sentido.....	124
3.3.1.2. Los sujetos intervinientes.....	126
3.3.1.3. El bien jurídico protegido.....	130
3.3.2. Los abusos deshonestos equiparados a la violación o “violentos” ...	133
3.3.2.1. La conducta típica.....	133

a) Necesidad de contacto corporal con la víctima.....	136
b) Gravedad del acto y clases de actos que constituyen abusos deshonestos. Interpretación jurisprudencial.....	138
3.3.2.2. Los sujetos intervinientes.....	140
3.3.2.3. El bien jurídico protegido.....	142
3.3.3. Los abusos deshonestos equiparados al estupro, “no violentos” o por prevalimiento o engaño.....	143
3.3.3.1. La conducta típica.....	144
a) El prevalimiento.....	145
b) El engaño.....	147
3.3.3.2. Los sujetos intervinientes.....	149
3.3.3.3. El bien jurídico protegido.....	150
3.4. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Código Penal de 1989: La libertad sexual como bien jurídico protegido	153
3.4.1. El delito de violación.....	154
3.4.1.1. La conducta típica.....	154
a) Especial referencia al término "abusando de su enajenación" y supresión de "privada de razón".....	156
3.4.1.2. Los sujetos intervinientes.....	157
3.4.2. El nuevo tipo de agresión sexual.....	159
3.4.2.1. La conducta típica.....	159
3.4.2.2. La conducta típica del subtipo agravado de agresión sexual.....	162
3.4.2.3. Los sujetos intervinientes.....	163
3.4.2.4. El bien jurídico protegido.....	163
 <u>CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO CONTINENTAL</u>.....	167
1. Cuestiones previas: Convenio de Estambul y elección de los países análogos a España	167
2. Alemania.....	171

2.1. Breve mención de los abusos sexuales.....	179
2.2.El acoso sexual: El Artículo 184i del StGB.....	180
3. Italia.....	182
4. Francia.....	191
5. Países Nórdicos: Suecia, Islandia y Finlandia	199
5.1. Suecia.....	199
5.2. Islandia.....	203
5.3. Finlandia.....	206

CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL..... 211

1. El texto inicial del Código Penal de 1995. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	211
1.1. Ubicación sistemática.....	215
1.2. Cuestiones comunes a los delitos de agresión y abuso sexual.....	218
1.2.1. La denominación de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual. Bien jurídico protegido.....	218
1.2.2. Equiparación del acceso carnal y la penetración por vía anal o bucal e introducción de objetos.....	222
1.2.3. La igualación de los sujetos.....	225
1.3. Las agresiones sexuales en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	227
1.3.1. El tipo básico del artículo 178.....	227
1.3.1.1. Especial referencia a la resistencia.....	232
1.3.2. El tipo agravado del artículo 179.....	234
1.3.3. Las circunstancias agravantes del artículo 180.....	234

1.4. Los abusos sexuales en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El texto original del Código Penal de 1995.....	241
1.4.1. El tipo básico del artículo 181	242
1.4.2. El tipo agravado del artículo 182.....	249
1.4.3. El artículo 183	250
2. La Ley Orgánica de 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	252
2.1. El tipo agravado del delito de agresión sexual: Recuperación del término violación y nueva formulación típica	254
2.2. La reforma de las circunstancias agravantes del artículo 180 del Código Penal	257
2.3. Los cambios operados en los artículos 181, 182 y 183, relativos a los abusos sexuales	258
3. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La ampliación del sentido sexual de la violación.....	264
4. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	267
5. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	270
6. Recapitulación de la regulación actual de los delitos de agresión y abuso sexual	272

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE REFORMA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL..... 277

1. El caso de “La Manada” y su repercusión social. ¿Necesidad de una reforma legislativa?	279
1.1. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2019.	286

1.1.1. Hechos probados.....	286
1.1.2. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo para calificar los hechos como un delito de violación del artículo 178 en relación con el 179 del Código Penal.....	290
a) Distinción entre agresión intimidatoria y abuso por prevalimiento. La intimidación ambiental.....	291
1.1.3. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo para considerar las circunstancias agravantes 1ª y 2ª del artículo 180 del Código Penal.....	296
a) Artículo 180.1 1ª del Código Penal.....	297
b) Artículo 180.1 2ª del Código Penal.....	299
1.1.4. Conclusión.....	301
2. Análisis crítico del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.....	303
2.1. Delitos contra la libertad sexual. ¿Dónde queda la indemnidad?.....	305
2.2. El nuevo tipo base de agresión sexual. Los apartados primero y segundo del artículo 178 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.....	309
2.2.1. La conducta típica.....	309
2.2.2. El consentimiento	322
2.3. El tipo atenuado de agresión sexual. El artículo 178.3 del Código Penal	331
2.4. El tipo agravado de violación. El artículo 179 del Código Penal	337
2.5. Las circunstancias agravantes. El artículo 180 del Código Penal.....	339
3. ¿Verdaderamente era necesaria una reforma? Propuesta <i>de lege ferenda</i>	352
<u>CONCLUSIONES</u>.....	365

<u>ANEXO I:</u> Cuadro comparativo de las conductas típicas recogidas en la regulación vigente y en el Proyecto del Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.....	375
<u>ANEXO II:</u> Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual	380
<u>ANEXO II:</u> Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011	433
<u>ANEXO IV:</u> Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual	465
<u>ANEXO V:</u> Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual	616
<u>ANEXO VI:</u> Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual	736
BIBLIOGRAFÍA	830
JURISPRUDENCIA	850
FUENTES LEGISLATIVAS	856

INTRODUCCIÓN

1. Elección del tema

La delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, siguiendo la nomenclatura dada por el Código Penal de 1995 a los denominados como delitos contra la libertad e indemnidad sexual por ser éstas, precisamente, los bienes jurídicos protegidos, tiene unos antecedentes claros que han ido variando desde la inclusión de las primeras manifestaciones en el Código Penal de 1822, hasta la aprobación en el Congreso de los Diputados el 26 de julio de 2021 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía de la libertad sexual, que, entre otras novedades, equipara respecto a su nomenclatura los delitos de abuso y agresión sexual con equivalente penalidad al unificar violencia o intimidación con abuso por prevalimiento y, consecuentemente, equiparando su tipicidad en el mismo tipo de injusto, conformando, de esta manera, el tipo base del delito de agresión sexual y desapareciendo, por tanto, el delito de abuso sexual que queda subsumido en el anterior.

Las variaciones legislativas han consistido tanto en el cambio de la nomenclatura empleada¹, como en la despenalización de ciertos delitos², inclusión de nuevas conductas típicas³, equiparación de los sujetos activo y pasivo del delito⁴ o en el cambio del bien

¹ Vid. las antiguas conductas que daban lugar a los abusos deshonestos regulados en la Parte segunda, “De los delitos contra los particulares”, Título I, “De los delitos contra las personas”, Capítulo IV, “De *los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*”, artículos de 664 a 676 del Código Penal de 1882.

² Vid. la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento tras la aprobación de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

³ Vid. las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/1989, de 12 de junio, de actualización del Código Penal, por las que se aprobó que el acceso carnal puede realizarse tanto por vía vaginal, anal o bucal y se reconoció que la introducción de objetos constituye una conducta tipificada como agresión sexual.

⁴ A raíz de la Ley Orgánica 3/1989, de 12 de junio, de actualización del Código Penal.

jurídico protegido, que pasó de ser la honestidad a la libertad sexual⁵ y culminó con la distinción entre abuso y agresión sexual –en función de la ausencia o concurrencia, respectivamente, de violencia o intimidación⁶– lo que estableció los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales tal y como se regulan en la actualidad.

Pues bien, aunque han sido considerables las modificaciones en la materia, la problemática en torno a ella ha sido constante y persiste en la actualidad. Ejemplo de ello, han sido las numerosas voces que proponían una nueva reforma que, precisamente, dejase atrás la nomenclatura actual de abuso y agresión.

Y esta problemática hunde sus raíces en la correlación existente, en estos tipos delictivos, entre Derecho y realidad social. Son delitos que, inevitablemente, están ligados a las estructuras sociales y, como consecuencia, a los cambios de mentalidad y de costumbres. La sexualidad y su punición han generado interés y controversia desde tiempos primitivos. Ello hace que, por un lado, sea particularmente relevante estudiar la evolución histórica y legislativa desde los primeros vestigios hasta la actualidad, en donde además de las exigencias sociales, se tiene en cuenta, entre otros, la opinión pública⁷. De este modo, podemos observar de forma detallada cómo han ido evolucionando a lo largo del tiempo.

Y, por otro, es requisito indispensable conocer cuál es su regulación actual para poder establecer una comparación respecto de las modificaciones que se pretenden introducir.

⁵ Modificación introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 12 de junio, de actualización del Código Penal.

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷ Sobre cómo el caso de “La Manada” condicionó la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo si es sí”, El Mundo, 25 de abril de 2020; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”, El Mundo, 25 de agosto de 2020.

Estudio que debe realizarse desde un punto de vista riguroso, apartado de cualquier sensacionalismo, y centrado en cómo la técnica legislativa resuelve las cuestiones inherentes a los tipos de abuso y agresión sexual para, así, poder conformar una perspectiva jurídica propia de una problemática tan presente en nuestra sociedad y con debate jurídico tan amplio. Y es que, la pregunta principal, debería ser ¿es la técnica legislativa actual eficiente en la resolución de los conflictos generados al respecto? ¿es adecuada y suficiente la respuesta otorgada? Y, en caso contrario, ¿dónde está el problema?

Por todo lo anteriormente expuesto y centrando el objeto de estudio, podemos concluir que la finalidad del presente trabajo es la delimitación típica que el Código Penal de 1995 contiene de los delitos de agresión y abuso sexual, comparando la antigua redacción de los mismos con las exigencias actuales y con la idoneidad de una modificación de éstos –que, como ya se ha dicho, se pretende introducir mediante la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual–. Todo ello a la luz de la interpretación jurisprudencial en la materia, las diferentes posturas doctrinales, la historia legislativa española y el derecho comparado.

Ello me lleva a aclarar varios aspectos fundamentales del estudio a realizar. En primer lugar, y siguiendo la teoría jurídica del delito⁸, la tipicidad puede ser definida como aquel “*elemento del delito cuya plasmación se realiza en el tipo*”⁹ a través de una “*descripción*

⁸ VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*, Olejnik, Santiago, 2020; VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, Traducido de la 20ª edición alemana por JIMENEZ DE ASUA, L., y adicionado con el Derecho penal español por SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, Q., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1926.

⁹ GARCÍA VALDÉS, C. (DIRECTOR); VALMAÑA OCHAÍTA, S. (COORDINADORA); TÉLLEZ AGUILERA, A. (COORDINADOR); FIGUEROA NAVARRO, C.; MESTRE DELGADO, E.; MARTINEZ GALINDO, G.; SANZ DELGADO, E.; *Diccionario de Ciencias Penales*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 483.

legal abstracta de la conducta delictiva”¹⁰ y que, por tanto, se predica de las conductas recogidas en el Código Penal como delito, una vez comprobada la existencia de acción susceptible de ser relevante para el Derecho penal. Estos comportamientos constitutivos de delito son descritos por el Código Penal haciendo referencia a aspectos objetivos y subjetivos que integran, respectivamente, la tipicidad objetiva –aspecto externo del comportamiento– y la tipicidad subjetiva –aspecto interno del comportamiento–¹¹.

Por lo tanto, el análisis se centra en delimitar qué comportamientos en su vertiente externa –pues la interna carece de interés para el estudio, al admitir exclusivamente su comisión dolosa– contempla nuestro Código Penal como integrantes de los delitos de abuso y agresión sexual, comparando dicha delimitación con la nueva pretendida regulación dada por el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

En segundo lugar, el análisis ha sido acotado por la delimitación típica de los delitos contra la libertad sexual, excluyendo, por tanto, los delitos contra la indemnidad sexual, diferenciados de los primeros por ser, necesariamente, el sujeto pasivo menor de 16 años. Dentro de los delitos contra la libertad sexual, únicamente se abordarán los delitos de agresión y abuso¹², no formando parte del objeto de análisis los delitos de acoso sexual, de exhibicionismo y provocación sexuales, así como prostitución y explotación sexual y corrupción de menores. Y ello no porque éstos no posean la suficiente relevancia para ser

¹⁰ Ibidem, p. 483.

¹¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Fundamentos de Derecho Penal*, Universitas, Madrid, 2010, p. 77.

¹² Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal de 1995.

estudiados, sino porque han sido los delitos de abuso y agresión sexual, y los elementos típicos de éstos, los que mayor debate doctrinal han suscitado y siguen suscitando.

2. Metodología aplicada

El método empleado para la redacción de la tesis doctoral sigue un sistema clásico de investigación, que incluye fuentes bibliográficas y jurisprudencia.

Estamos ante una obra doctrinal que comienza con un esquema debidamente meditado y sometido a la supervisión de mi Directora. Una vez establecido la estructura a seguir, se procedió a la selección de un número importante de obras doctrinales íntimamente ligadas al objeto de estudio. Asimismo, se han recopilado la legislación en la materia de diferentes países europeos, entre los que se encuentran Alemania, Francia, Italia o Portugal.

Mi Directora me facilitó numerosas obras para mi estudio y por mi parte, investigué los recursos a mi alcance, tanto presenciales en la biblioteca de la Universidad San Pablo CEU, como a través de los recursos electrónicos puestos a mi disposición, particularmente útiles para la investigación de legislación y jurisprudencia.

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL

1. Importancia del estudio de la aproximación histórica y evolución legislativa

El Derecho en general, y el penal en particular, no resulta *ex novo* en lo que a su creación se refiere y, para profundizar en la materia correctamente, se debe acudir al conocimiento histórico, al estudio del progreso de las instituciones, de su nacimiento y evolución¹³. No es posible el conocimiento de un aspecto específico dentro de la realidad jurídica, sin el conocimiento de cómo se ha desarrollado a lo largo del tiempo.

En lo relativo a los delitos de agresión y abuso sexual, aquellos que actualmente entendemos como integrantes de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, podemos afirmar con absoluta certeza que constituyen una familia delictiva de larga tradición y, por tal razón, resulta, en esta materia, particularmente importante estudiar cuál ha sido su regulación histórica y qué conductas se entendían prohibidas o contrarias a la ley en épocas antiguas. Intentando, de este modo, encontrar alguna similitud, o impronta, entre la legislación vigente y la pasada.

¹³ En palabras de FERRINI: “*El Derecho penal ha evolucionado mucho, muchísimo, pero no por ello en muy diversos aspectos deja de verse el antiguo rastro. Además, mucho más que en cualquier otra rama del Derecho, en el Derecho penal es esencial conocer desde dónde y hasta qué niveles ha podido llegar la utilización por el hombre del máximo exponente de la coacción estatal*”. FERRINI C., *Derecho penal romano*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2017, p.11.

Para realizar una correcta aproximación histórica, el estudio de la evolución legislativa penal en España debe de ser dividida en dos bloques o etapas: aquella anterior a la codificación penal española –en donde deben tratarse el Derecho Romano, Visigodo, Medieval y la Edad Moderna, especialmente complejas y extensas, por estar sustentadas en el complejo cuerpo legislativo y doctrinal del *ius commune*–, y la posterior a 1822, con el estudio de los sucesivos Códigos penales y reformas, hasta el de 1995, en donde se contiene la regulación actual de los delitos de agresión y abuso sexual –incluyendo, como veremos más adelante, las reformas introducidas desde 1995–.

En lo que al objeto de estudio se refiere, trasladar la delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual a épocas antiguas puede resultar algo complejo, sobre todo en la etapa pre-codificadora y, concretamente, en lo que al delito de abuso sexual se refiere, que, en ocasiones, no aparece recogido como tal en las normas que estudiaremos a continuación¹⁴–en el apartado dedicado derecho durante la Edad Media, veremos la figura de la seducción pero, hasta entonces, no existe conducta típica que pueda ser comparada–

Ello no quiere decir que en la realidad social concreta no se diera—en cuanto a que concurriera en la víctima privación de sentido, trastorno mental, anulación de la voluntad por sustancia natural o, incluso, abuso por parte del sujeto activo de su posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, sin que se diera para ello violencia o intimidación–, sino que no se encuentran rastros escritos de que tales comportamientos conformaran un ilícito penal.

¹⁴ En el apartado dedicado derecho durante la Edad Media, veremos la figura de la seducción pero, hasta entonces, no existe conducta típica que pueda ser comparada.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la concepción de la sexualidad propia, como un derecho reconocido, es una construcción jurídica moderna, inexistente hasta 1989¹⁵. En épocas antiguas, se protegían otros bienes jurídicos, como la honra o la castidad de la mujer, lo que daba lugar a comportamientos típicos que, en bastantes ocasiones, están sumamente alejados de la tipicidad objetiva actual de los delitos de agresión y abuso sexual, y que reflejaban la realidad social de la época y la concepción que se tenía de la sexualidad.

En consecuencia, el estudio debe centrarse en reflejar cómo se regulaban los delitos sexuales en general, teniendo presente que, para ello, vamos a establecer ciertos paralelismos entre nuestras categorías dogmáticas y típicas actuales y las pasadas, para ir acotándolo conforme nos vayamos acercando a la etapa codificadora.

¹⁵ Modificación introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 12 de junio, de actualización del Código Penal.

2. Aproximación histórica y evolución legislativa de la etapa anterior a la codificación penal española. El Derecho en épocas romana, visigoda, Edad Media y Edad Moderna

El objeto del presente apartado es el estudio de la regulación jurídica de lo que actualmente se denominan delitos de agresión y abuso sexual respecto de las sociedades que, históricamente, se han ido sucediendo en el territorio español hasta la etapa codificadora, que, en lo que a Derecho penal se refiere, tuvo lugar con la Constitución de Cádiz de 1812¹⁶. –que provocó, como veremos más adelante, la promulgación del Código penal de 1822 y, por ende, el proceso codificador español–.

No se pretende analizar pormenorizadamente todos y cada uno de los aspectos relevantes de la sucesión de los periodos históricos que tuvieron lugar territorialmente en la península ibérica. Se trata, únicamente, de situar nuestros orígenes legislativos y el contexto que precedió a nuestra legislación actual. Con ello, se quiere ver cómo se han ido atendiendo históricamente las conductas correlativas a los actuales delitos de agresión y abuso sexual.

Si fijamos los periodos históricos desde la España prerromana, pasando por la romanización de la península en el año 219 a.C.; el establecimiento de los visigodos en la Hispania romana, constituyendo un reino independiente tras la caída del Imperio Romano en el año 476; la Alta Edad Media con la caída de la monarquía visigoda tras la invasión musulmana, originando la coexistencia de la cultura de los reinos cristianos en

¹⁶ GARCÍA VALDÉS, C., “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, en Anuario de Historia del Derecho español, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, pp. 37-40.

el norte con la España musulmana en el resto de la península; la Baja Edad Media y el inicio de la Edad Moderna, con el descubrimiento de América en 1492; hasta la Constitución de Cádiz de 1812, que, como se ha dicho, inició el movimiento codificador, ello nos lleva a constatar varias dificultades.

La primera de ellas, radica en la ausencia de fuentes escritas fidedignas de las etapas prerromanas que nos permitan realizar una construcción teórico-jurídica con un mínimo de rigor y fiabilidad en un ámbito tan concreto como lo son los delitos de agresión y abuso sexual. En este sentido, los historiadores del derecho están de acuerdo en que, aunque en el territorio español ha existido derecho desde hace medio millón de años, con las fuentes actuales, sólo podemos conocerlo con cierta precisión desde los últimos veintidós siglos¹⁷.

La segunda, se centra en que la realidad jurídica del período hispano-romano no permite, de nuevo, con las fuentes de las que disponemos, un conocimiento directo, por lo que debe tomarse como presupuesto metodológico la presunción de que de que dicha realidad jurídica debía ser idéntica a la existente en Roma¹⁸, a pesar de los matices que pudieran diferenciar una y otra¹⁹.

¹⁷ De la España prerromana, sólo podemos conocer la cultura y las formas de vida de los distintos pueblos que habitaron la Península Ibérica, pero no sus leyes. Por todos, GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español I. El origen y la evolución del derecho*, Ageda, Madrid, 1979, p. 25.

¹⁸ Sobre los usos y costumbres de la sociedad hispano-romana vid. ABASCAL PALAZÓN, J. M., “La sociedad hispano-romana”, en *Hispania, el legado de Roma*, Zaragoza, septiembre-noviembre de 1998, pp. 197-207.

¹⁹ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Biblioteca académica, Comunidad de Madrid, Madrid, 1997, pp. 16 y 35.

2.1. Los delitos de agresión y abuso sexual en la época romana

Con las matizaciones generales respecto a los periodos históricos hechas, ya en lo que respecta a la época romana, su historia puede ser dividida en varias fases, comúnmente aceptadas entre los romanistas²⁰: La Monarquía, la República, el Principado y el Dominado. Dependiendo de en qué época nos situemos, de qué circunstancias sociales y políticas predominen en cada una, el Derecho romano va a regular los delitos de agresión y abuso sexual de forma diversa²¹. Por ello, debemos estudiar por separado los cuatro periodos históricos.

2.1.1. El Derecho penal en Roma. Consideraciones preliminares y problemas prácticos: orden doméstico, orden militar y magistraturas

Antes de comenzar con el estudio concreto de cada época, debemos saber que existe un consenso acerca de la inexactitud del Derecho penal romano. Y es que, hablar de Derecho penal en la época romana, puede resultar una imprecisión en sí misma²², pues falta en Roma una legislación orgánica del Derecho penal, así como un concepto de tratamiento legislativo sistemático de la materia²³.

²⁰ Por todos, FERRINI, C. *Derecho penal romano*, op. cit., *passim.*, y MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho público romano*, La España moderna, Madrid, 1893, traducido por DORADO MONTERO, P., *passim.*

²¹ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* op. cit., p. 16.

²² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Closas-Orcoyen, Madrid, 2010, p. 33

²³ En este sentido, y citando textualmente a FERRINI: “*Incluso la división fundamental y mantenida siempre entre delitos públicos y delitos privados, aquellos castigados en interés de la sociedad, y estos castigados para la satisfacción del ofendido (objeto distinto, al que le corresponde una variedad de remedios, de juicios, de procedimiento), supone un obstáculo para la comprensión legislativa integral de la materia. En las XII Tablas se incluían delitos públicos y privados; con que conexión, no lo sabemos: ni siquiera es cierto que estuvieran cerca las distintas figuras pertenecientes a las diversas categorías*”. FERRINI, C., *Derecho penal romano*, op. cit., p. 25. Por su parte, MOMMSEN: “*(...) están perfectamente conformes tanto los jurisconsultos como los historiadores, que no existe una ciencia del derecho penal*”

El Derecho penal como ciencia sistematizada y categoría dogmática, se presenta desdibujada en el Derecho romano²⁴. Aun así, con sus imprecisiones, la parte penal del Derecho romano nos muestra cómo nació y cómo se desarrolló dicho derecho²⁵, por lo que se pueden tomar como referentes ciertas instituciones que nos hagan acercarnos a lo que debió ser el tratamiento legislativo y punitivo de los delitos objeto de estudio²⁶.

Y ésta, va a ser nuestra metodología a seguir: estableceremos ciertos paralelismos entre las categorías jurídicas que se estudian en el Derecho penal actual y el Derecho penal romano, a través de las diferentes etapas romanas, y con las matizaciones que se acaban de realizar y teniendo en cuenta que se basa en una construcción jurídica actual.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la importancia del orden doméstico²⁷ y militar²⁸, como factores condicionantes de la eficacia de las normas respecto a los comportamientos merecedores de castigo²⁹.

El orden romano de punición doméstica fue el origen de su sistema político y muestra los elementos constitutivos del procedimiento penal –la injusticia moral, la

romano (...) para hacer una exposición científica del mismo es necesario, no solamente incluir en ella aquella parte del derecho privado que se refiere a los delitos, sino también y principalmente, compenetrar y organizar en un solo cuerpo, doctrina de derecho penal y procedimiento penal". MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p.3.

²⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit. p.34.

²⁵ FERRINI, C., *Derecho penal romano*, op. cit., p. 11.

²⁶ Citando textualmente a MOMMSEN: "*Del Derecho público romano se puede decir que no ha desaparecido de la vida, lo mismo que el privado. Ciertamente que del primero no tenemos la unilateralidad y por desgracia exclusiva tradición que nos resta del segundo; pero la tradición histórica y aun la pseudohistórica existe suficientemente, y en muchos respectos exagerada*". MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, op. cit., p.7.

²⁷ Sobre el orden doméstico, vid. MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 11-17.

²⁸ Sobre el orden militar, vid. MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 18-23.

²⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 34-38.

comprobación de la misma y su retribución—, las bases para establecer la fijación y determinación del delito, la regulación del proceso penal y el establecimiento del sistema de penas aplicables³⁰.

Como consecuencia, el poder ilimitado del jefe de la casa o *pater familias* sobre los individuos que formaban parte era, esencialmente igual, al que tenía el Estado sobre los miembros de la comunidad política³¹. A ese poder otorgado al *pater familias*, se sumaba la ausencia de una norma previa a la que éste debiera atenerse³², como veremos en el apartado dedicado a la sucesión de normas penales romanas.

Como el *pater familias* ejercía su poder de modo ilimitado sobre el conjunto de personas y cosas que formaban parte de su casa a través de la *autorictas* y *potestas*³³, sometido únicamente a su propio arbitrio, el concepto de delito no se escapaba de su esfera y, conductas que la ley definía como acordes a derecho, podían ser consideradas infracciones si así lo decidía³⁴.

³⁰ MOMMSEM, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 11.

³¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 11 y 12.

³² “Que el poder punitivo regular perteneciente al jefe domesticó, tal y como este lo ejercía sobre los individuos privados de libertad y sobre los hijos de familia, no era otra cosa, según queda dicho, más que el ejercicio del derecho que al propietario corresponde, y no debe ser, por tanto, considerado como derecho penal, nos lo demuestra el hecho de no hallarse, con relación a él, determinados de una manera legal, ni los delitos, ni las penas, ni el procedimiento, en todas estas materias no se conocía más limitación que el arbitrio del depositario del poder en cada caso concreto”. MOMMSEM, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 14.

³³ La casa concebida más allá de su contenido puramente patrimonial y material. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 35.

³⁴ “El jefe de la casa podía proceder por causa de toda acción violadora de la ley del Estado verificada por cualquiera de las personas sometidas a su potestad domesticarlo mismo si se trataba de un delito público que de un delito privado; pero podía proceder no menos a consecuencia de una acción cualquiera que no estuviese prohibida por las leyes del Estado (...) a falta de un procedimiento establecido por el Estado, todo jefe de familia podía determinar la retribución que hubiera de concederse”. MOMMSEM, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 14 y 15.

Dentro de esta autoridad quedaron sometidos ciertos sujetos, entre los que se encontraban los esclavos, los descendientes y las mujeres³⁵. Dentro de estas últimas, la hija quedaba bajo la potestad de su padre, la mujer soltera adulta bajo la tutela gentilicia, la mujer casada bajo la potestad de su marido y las jóvenes consagradas al culto de Vesta³⁶, bajo la potestad del Pontífice³⁷.

Posterior a este estado primigenio del orden doméstico, con la aprobación de la Ley de las XII Tablas (“*Lex Duodecim Tabularum o Duodecim Tabularum Leges*”), se instauró en Roma, por primera vez, un derecho estable y escrito³⁸ y, tan pronto como se empezó a aplicar el procedimiento público o del Estado en los delitos privados, el sistema de punición doméstica perdió su importancia en relación a los sujetos tutelados, ya que la potestad punitiva del jefe doméstico se trasladó a los magistrados³⁹, instaurándose de esta forma el poder estatal en Roma.

A partir de ahí, la ciencia jurídica del pueblo romano partió de la idea de la plenitud del poder de la magistratura, conforme a la cual, en época monárquica –aunque se mantuvo durante la República y el Dominado, culminando con la figura del Imperator, trasladando a lo público el concepto de *autoritas* y *potestas* originariamente otorgado al

³⁵ “El derecho público dejó especialmente abandonada al sistema doméstico, hasta fines de la República, la punición de las mujeres. Si las costumbres daban poca importancia a las faltas sexuales del varón, eran en cambio muy exigentes en cuanto a la castidad de las mujeres”. MOMMSEM, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 15.

³⁶ Especialmente importantes aquí, como veremos, las normas promulgadas en época de Numa Pompilio.

³⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 35 y 37.

³⁸ “Se nombraron para su formación DÍEZ patricios, siendo su único trabajo el entresacar algunos preceptos contenidos en la legislación regia y de los edictos consulares hasta aquella época, a fin de que Roma tuviese por primera vez derecho estable y escrito”. DE ANTEQUERA, J.M., *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta la época presente*, Imprenta, fundición y librería de D. E. Aguado, Madrid, 1855, p. 57.

³⁹ MOMMSEM, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 15.

*pater familias*⁴⁰— el soberano mandaba y disponía con poder ilimitado sobre toda clase de infracciones o faltas, de índole religiosa, militar o civil, cometidas tanto dentro de la ciudad como fuera, no existiendo diferencia alguna desde el punto de vista jurídico entre ellas, ni tampoco entre las cometidas en estado de paz o en estado de guerra⁴¹.

Aunque, si bien es cierto que la magistratura estaba sometida, desde sus comienzos, a la ciudadanía, al orden doméstico visto anteriormente, esta sumisión se hacía valer, principalmente, en el estado de paz. En el estado de guerra, continuó vigente la figura de la magistratura como régimen de ilimitado arbitrio que coexistía con el orden jurídico⁴².

De este modo, el derecho de la guerra quedaba fuera del ámbito doméstico y consistía en el estatuto jurídico de los ciudadanos sujetos a tal derecho, ejercido como poder coercitivo ilimitado por el jefe militar *—imperium—*.

Aunque este ámbito jurídico guardaba cierto paralelismo con la potestad doméstica, el arbitrio militar constituiría el único criterio regulador del poder punitivo en esta esfera bélica, que estaba determinado por motivos de conveniencia y utilidad militares. Ello hacía que la moral, que constituye la base, en términos generales, del Derecho penal romano, quedara en segundo término y, comportamientos sexuales que se

⁴⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección* op. cit., p. 37.

⁴¹ “*Delitos eran las acciones que el rey castigaba; y las penas los males que el mismo imponía a ciertas personas (...) y, aunque claro está que semejante construcción jurídica no puede ser considerada como tradición histórica. El origen de la misma ha sido, por una parte, la transmisión del sistema de la punición doméstica al Estado, y a su orden, dado caso que al rey y a la ciudadanía se les comparaba con el jefe doméstico y con las personas sometidas a su poder, y, por otra parte, la generalización del derecho de la guerra de los tiempos posteriores*”. MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 18 y 19.

⁴² *Ibidem*, pp. 19 y 20.

consideraban lícitos en el ámbito civil, podían ser considerados delictivos si la autoridad militar entendía que tales conductas debilitaban las costumbres del ejército⁴³.

En definitiva, tanto el orden de punición doméstica como el derecho de guerra, traducidos en la organización política romana, sus usos y costumbres, así como el estatuto personal, influían en la labor interpretativa de ley. De tal forma que, las leyes, eran algo más que simples normas escritas, inclusive para delimitar conductas constitutivas de delito. Y, en lo que a delitos de agresión y abuso sexual se refiere, de igual manera⁴⁴.

⁴³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 37.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 37.

2.1.2. Normas reguladoras y ubicación sistemática de los delitos de agresión y abuso sexual: Desde la Monarquía hasta el Dominado

a) Monarquía: Derecho consuetudinario y literatura grecorromana

De nuevo, sin pretensión de realizar un análisis extenso de este periodo de la historia romana, vamos a señalar los principales acontecimientos históricos y normas reguladoras del mismo. Para ello, debemos empezar con la constatación de otra dificultad: en ninguna de dichas normas, ni siquiera en la Ley de las XII Tablas en época republicana, se hace referencia alguna a los delitos sexuales. A lo que se suma que, las normas que vamos a ver a continuación, están basadas en el Derecho oral consuetudinario.

Con la fundación de Roma por Rómulo, se creó el Senado, dando al pueblo cierto control sobre las instituciones públicas. El Senado se configuró como una corporación compuesta por cien individuos que confirmaban las leyes elaboradas por el pueblo en los comicios por curias y, de la misma forma, era el pueblo quién elegía a los magistrados⁴⁵. Sin embargo, el Rey promulgaba y ejecutaba las leyes, así como convocaba el Senado y al pueblo⁴⁶. Durante este periodo primario se siguió manteniendo la división original de patricios y plebeyos, realidad social que separaba marcadamente a los aristócratas de los hombres del pueblo. Asimismo, se dictaron varias leyes relativas al derecho privado que, aunque sumamente interesantes, carecen de interés para el objeto de estudio⁴⁷.

⁴⁵ DE ANTEQUERA, J.M, *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta la época presente*, op. cit., p. 28.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

Muerto Rómulo, le sucedió Numa Pompilio, que promulgó diversas leyes religiosas, políticas –de gobierno–, y civiles –privadas–. Entre las instituciones que fomentó, merece especial mención para nuestro estudio la de las vestales⁴⁸ y ello dado que se les condenaba a pena capital cuando quebrantaban la virginidad impuesta, dando muestra de la concepción de la sexualidad en esta época.

A Numa le sucedió Tulo Hostilio, a quién los historiadores están de acuerdo en atribuirle, únicamente, dos leyes: La ley de *Quoestoribus parriciddi et provocatione ad populum de iudicio capitali*, y la de *Lergeminis ex publico aerario alendis*. Al igual que las leyes dictadas en época de Rómulo, de marcado valor histórico, en este caso respecto a las penas, pero de escaso valor para nuestro estudio.

De sus sucesores, Anco Marcio y Lucio Tarquino Prisco, no tenemos constancia de promulgación de ley alguna durante sus reinados. Por su parte, Servio Tulio, únicamente dictó leyes sobre materias judiciales, contratos y obligaciones. El último monarca de Roma, Tarquino el Soberbió, fue la causa de la abolición de la monarquía al subir al trono sin ser elegido por el Senado o por el pueblo⁴⁹ y, como veremos seguidamente, la violación por su hijo, Sexto Tarquinio, de Lucrecia, constituye uno de los relatos clave en lo que a delitos sexuales se refiere.

⁴⁸ “Dignidad sagrada que imprimía a la mujer de un carácter desconocido hasta aquella época, que encerraba en sí la idea verdaderamente sublime de deificar y ensalzar la castidad, confiando a las vírgenes la custodia de los objetos más sagrados”. DE ANTEQUERA, J.M, *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta la época presente*, op. cit., p. 31.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 33-35.

Como ha podido observarse, durante un largo periodo de la historia de Roma, los ataques contra la sexualidad no aparecían tipificados en ley alguna y, por tanto, debemos suponer que tampoco eran merecedores de pena o castigo, más allá de las venganzas privadas que pudieron darse. Y es que, como ya se ha dicho, hasta la aprobación de la Ley de las XII tablas en época republicana, carecemos de fuentes directas que traten acerca de los delitos de agresión y abuso sexual, o cualquier otro delito en general, lo que dificulta en gran medida la delimitación típica de éstos.

Si bien, podemos intentar acercarnos acudiendo a la literatura grecolatina, en donde, a través de numerosas narraciones, se describen diversos mitos que pueden ajustarse a esa idea instrumental de atentados sexuales⁵⁰. De entre ellos, destacan la violación de REA SILVIA⁵¹ o de LUCRECIA⁵². De la lectura de estos fragmentos literarios, podemos concluir que, en esta época, se entendía la agresión sexual como el yacimiento de un hombre con una mujer⁵³ obtenido contra la voluntad de la víctima, utilizando para ello fuerza física (*vis física*) o fuerza moral (*vis morale*)⁵⁴. Entendiendo, a su vez, yacimiento en su concepción clásica: relaciones heterosexuales consistentes en la introducción del pene en la cavidad vaginal.

⁵⁰ Teniendo en cuenta que los relatos fueron escritos en una época posterior y están plagados de leyendas y relatos que enmascaran y distorsionan la realidad a través de un componente fantástico. Sobre los relatos, vid., RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* op. cit., pp. 42-44.

⁵¹ Por la cual se quedó embarazada de Rómulo y Remo, vid. TITO LIVIO, *Historia de Roma desde su fundación*, RBA, Barcelona, 2008, Traducción y notas por VILLAR VIDAL, J.A., Libros I, II, y IV, *passim*.

⁵² Que fue la causa de la expulsión de los Tarquinos de Roma, cayendo de este modo la Monarquía y dando comienzo a la República, vid., PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Vergara, Barcelona, 1962, versión castellana de RANZ ROMANILLOS, A., prólogo y notas de ALSINA, J., volumen IV, *passim*. Obra que dio lugar al famoso poema de SHEAKSPEARE, “La violación de Lucrecia”.

⁵³ Como veremos más adelante, las víctimas eran, en su mayoría, mujeres.

⁵⁴ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* op. cit., pp. 44 y 45

Resulta particularmente interesante ver cómo ya, en épocas tan antiguas –la Monarquía se inició con la propia fundación de Roma por Rómulo en el año 753 a.C. y terminó en el año 509 a.C.–, se distinguía entre violencia e intimidación, coincidiendo con el contenido actual de lo que el Código Penal entiende por el delito de agresión sexual. Por su parte, y como ya hemos adelantado, no hemos encontrado referencia a algún comportamiento que pudiera ser equiparado con el delito de abuso sexual.

b) República: La Ley de las XII Tablas y la Lex Plautia de vi

La instauración de la República no afectó, en su esencia, al gobierno constituido⁵⁵. En asuntos legislativos, no tenemos rastros escritos que nos indiquen, hasta la Ley de las XII Tablas, aprobada diecisiete años después de la instauración de la República, de que se aplicasen leyes distintas a las que ya estaban en vigor. En consecuencia, y cabe destacar aquí el famoso texto de Pomponio, y de la posterior compilación de las mismas realizadas por Papirio, las leyes reales continuaron vigentes hasta su aprobación⁵⁶.

Para saber cuál era el tratamiento que se daba en la Ley de las XII Tablas a los delitos en sentido general, debemos acudir a la Tabla Séptima, en donde se exponen todos aquellos delitos que se dirigen contra la persona o los bienes de algún individuo⁵⁷.

⁵⁵ “Se mantuvo la asamblea senatorial y la dignidad consular ya que el pueblo romano no se había alzado tanto para destruir la monarquía como para destronar a un monarca”, DE ANTEQUERA, J. M, *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta la época presente*, op. cit., pp. 40 y 41

⁵⁶ “Que arrojados los reyes del suelo romano por la ley tribunicia, toda la legislación regia cayó en desuso y el pueblo romano principió de nuevo a gobernarse, más bien por un derecho incierto y consuetudinario que por leyes escritas (...) o bien las leyes reales quedaron abolidas y el pueblo romano reducido a no tener legislación alguna o que, reputándose como anticuadas, vinieron a quedar sin fuerza obligatoria”, *Ibidem*, p. 42

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

Por su parte, respecto a los delitos de agresión y abuso sexual, debemos acudir al concepto de *iniuria* ya que, aunque en principio no comprendía este tipo de delitos, al desarrollarse el Derecho mediante la *interpretatio* del colegio de los pontífices, la acción de injurias fue otorgada a la mujer o a la doncella, libres, agredidas sin su consentimiento. También podían utilizarla los parientes de la mujer ofendidos por el hecho, es decir, el padre o el marido. Configurándose, de este modo, como una *iniuria* que no sólo afectaba a la persona injuriada, sino también a los parientes, cuyo honor se sentía, del mismo modo, ultrajado⁵⁸.

Posteriormente, en época tardía republicana, concretamente en el año 70 a.C., se aprobó la *Lex Plautia de vi*, en donde se reguló la coacción. Institución legal que, ahora sí, incluía la conminación a realizar un comportamiento lúbrico como una de sus modalidades⁵⁹. En este sentido, la coacción, denominada “*vis*”, regulaba aquel comportamiento dirigido a que otro sujeto ejecutara o no ejecutara una acción, o bien con fuerza (“*vis física*”), o bien con intimidación (“*vis morale*”), y sin consentimiento⁶⁰.

Como consecuencia, la agresión sexual como modalidad de coacción, consistía en imponer a otro, sin su consentimiento, el acto sexual, entendido como yacimiento, mediante violencia o intimidación⁶¹. De nuevo, es inexistente la regulación de lo que actualmente integra la conducta típica de abuso sexual.

⁵⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 57.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁰ “*El poder y, sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo, para determinarla a ejecutar o no ejecutar una acción*”, MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 410.

⁶¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 40.

Asimismo, se ampliaron a dos los cauces procesales a través de los cuales podía ser perseguido este delito, dependiendo del estatus social tanto del agresor, como de la víctima⁶². Variando, de igual forma, el castigo a imponer: si la víctima era ciudadana libre, la pena a imponer era pecuniaria, pudiendo ésta ser sustituida por el destierro en caso de que el agresor fuese también ciudadano libre; por el contrario, si la persona que sufría la agresión sexual era esclava, se imponía una pena pecuniaria si el agresor era ciudadano libre y, si ambos eran esclavos, también podía consistir en la entrega de éste al dueño de la víctima⁶³.

c) Principado: *Lex Julia de vi publica*

La *Lex Plautia de vi* fue sustituida, en los primeros años del Principado, por la *Lex Julia de vi publica*, que no presenta, respecto de aquélla, diferencias significativas en el tratamiento de la coacción como modalidad de agresión sexual⁶⁴, ni, tampoco, reguló el delito de abuso sexual. La única novedad consistió, nuevamente, en ampliar las vías procesales para perseguir este injusto. Así, y siempre que el caso revistiera especial gravedad, la agresión sexual podía ser sustanciada por el procedimiento extraordinario cognicial, en el que el juzgador tenía un mayor margen de discrecionalidad a la hora de determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias concurrentes⁶⁵.

⁶² En palabras de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Este criterio consistente en establecer consecuencias distintas por la comisión de una idéntica acción criminal en función del estatus social del agresor y de la víctima, va a proyectar su influencia en el sistema penal hasta la Codificación (...) es a partir de las Cortes de Cádiz y del proyecto de CP de 1822 cuando queda abolida la diferenciación en la imposición de la pena sobre la base del estamento social al que pertenecieran el sujeto activo y pasivo del delito” NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 41.

⁶³ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 74 y 75.

⁶⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 41.

⁶⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 41.

d) Dominado

Esta última etapa de la historia romana no se caracterizó, como norma general, por la creación de nuevas normas jurídicas. Por el contrario, los juristas se dedicaron a interpretar y explicar los escritos clásicos, manteniéndose invariable la regulación del delito de agresión sexual, y la inexistencia del delito de abuso sexual, al menos en lo que a sus aspectos sustantivos se refiere⁶⁶.

En conclusión, se puede apreciar que, a lo largo de las distintas etapas vistas, el tratamiento sustantivo de los delitos de agresión y abuso sexual se mantuvo constante en líneas generales: después de un primer periodo de ausencia de previsión normativa, se incluyó la agresión sexual, en primera instancia, como una categoría de *iniuria* para, posteriormente, con la aprobación de la *Lex Plautia de vi*, ser una modalidad de coacción.

⁶⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 41.

2.1.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Derecho romano

La aproximación típica de los delitos de agresión y abuso sexual respecto del Derecho romano, una vez visto la sucesión de periodos históricos dentro de la época romana, debe efectuarse a través de la *Lex Plautia de vi*, por ser la primera que aportó un concepto claro y detallado de agresión sexual. De esta forma, y como presupuesto metodológico para las siguientes etapas hasta la codificación, vamos a estudiar la conducta típica, los sujetos intervinientes, el aspecto subjetivo, la consumación y la autoría, así como las formas de participación.

a) La conducta típica

La *Lex Plautia de vi* definía la agresión sexual como el comportamiento llevado a cabo por el sujeto activo, consistente en “*robar violentamente su voluntad a una persona para yacer*”⁶⁷. En consecuencia, tenemos dos aspectos fundamentales en lo que a conducta típica se refiere: cuál era la conducta aparejada al yacimiento para los romanos, y cuáles eran las formas en las que se entendía robada violentamente la voluntad.

En primer lugar, y respecto al concepto de yacimiento, no existe en la jurisprudencia romana de la que tenemos conocimiento, una explicación sobre qué debemos entender por yacer. Si bien, podemos entender que, siguiendo el concepto clásico de yacimiento, consistía en acceso carnal por vía vaginal.

⁶⁷ “*Que se entendía realizada por la intención del sujeto activo de mantener relaciones sexuales en contra de la voluntad del sujeto pasivo y, efectivamente, ejecutar la acción*”, vid., RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 48.

De lo que sí han quedado rastros es del impacto o resultado que ese yacimiento debía causar en la víctima, consistente el daño social que la corrupción de su honorabilidad implicaba⁶⁸. En este sentido, la corrupción ejercía un efecto diferente dependiendo de si la mujer era virgen, o no. Ya, que, si lo era, se producía la pérdida de la entereza corporal, así como la corrupción social, mientras que, si no lo era, únicamente se producía la corrupción social⁶⁹.

En segundo lugar, la falta de consentimiento del sujeto pasivo, bien podía ser conseguida a través de la fuerza física, bien a través del empleo de la fuerza psíquica o moral. Recordemos que, como se ha visto, la *Lex Plautia di vi* consideraba la agresión sexual como una forma de coacción, que contemplaba la “*vis física*” y la “*vis psíquica*” como las formas comisivas de ésta.

En este sentido, la falta de consentimiento era esencial para considerar la existencia de agresión sexual y para diferenciarla de otras figuras delictivas también reguladas como delitos sexuales. Tales figuras eran el rapto –de una mujer libre, casada o soltera, con propósitos de yacimiento o con propósitos de contraer matrimonio–, el adulterio –uniones sexuales con anuencia entre personas casadas–, el estupro –consistente en el yacimiento voluntario– y la sodomía –sexo consentido entre hombres–⁷⁰.

⁶⁸ Con las matizaciones que se van a realizar en lo que a sujetos pasivos del delito se refiere. Vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 43.

⁶⁹ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 48

⁷⁰ “La vigencia de estas figuras delictivas supone que la vida sexual de los ciudadanos romanos libres estaba sometida a estrictas reglas que afectaban especialmente a las mujeres, las cuales no podían mantener relaciones sexuales sino dentro del matrimonio. Por su parte, los hombres podían practicar el sexo con todas mujeres que quisieran siempre y cuando estas no estuvieran bajo la potestad de otro ciudadano romano (...) así, el sexo consentido daba contenido a una serie de infracciones distintas de la agresión sexual” NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 44 y 45.

Respecto al abuso sexual, tal y como he venido afirmando, no se ha encontrado ninguna figura delictiva que guarde cierto paralelismo con el mismo. Lo cual, como ya se ha dicho, no significa que esta conducta no se diera en la realidad social romana, sino que no era considerado una forma de delito sexual. Si bien, en este contexto histórico, podría ser entendido como la conducta consistente en el yacimiento conseguido sin consentimiento del sujeto pasivo, pero empleando medios comisivos que no fueran fuerza física o psíquica.

b) Los sujetos intervinientes

Dependiendo de la condición social que tuviera, tanto el sujeto activo como el pasivo, estaremos ante conductas o, bien lícitas, o bien ilícitas, aunque ambas sean, en esencia, la misma conducta típica.

Y es que, en la época romana, no existía un equivalente del principio moderno de igualdad, ni en lo formal ni en lo material. Las leyes trataban de diferente forma a los ciudadanos y a los esclavos, así como a los hombres y a las mujeres. Comportamientos penalmente irrelevantes en aquellos sujetos que ostentaban los privilegios otorgados por ley, se convertían en relevantes para aquellos que no los tenían. De igual modo, aunque se considerase ilícito el comportamiento de aquellos sujetos que gozaban de un cierto estatus, las penas eran de menor escala que las impuestas a los otros.

Respecto al sujeto activo del delito de agresión sexual, si nos fijamos tanto en los relatos míticos, como en lo dispuesto en las normas estudiadas, se observa cómo éste era

siempre un hombre. Y es que, al haber definido yacimiento en el sentido clásico, como la introducción del pene en la cavidad vaginal, no cabe otro planteamiento distinto.

Por su parte, sujeto pasivo del delito de agresión sexual, podían serlo exclusivamente mujeres⁷¹. Ahora bien, dependiendo del estatus jurídico que ostentasen y su relación con el sujeto activo, la existencia misma del ilícito penal y la penalidad asociada a este van a variar.

La condición de sujeto pasivo del delito se veía condicionada por la potestad que sobre el mismo ostentase el sujeto activo⁷². De este modo, los yacimientos forzados llevados a cabo por el marido sobre su mujer, o, en definitiva, sobre cualquier sujeto que ostentase potestad sobre otro, como, por ejemplo, el dueño sobre sus esclavos, no eran considerados agresiones sexuales y, en consecuencia, sólo las mujeres que no entrasen dentro de las categorías anteriores podían ser sujetos pasivos de una agresión sexual⁷³.

Por ello, podemos concluir que el estatus de la víctima, el estatus del agresor y la relación jurídica existente entre ambos, van a constituir factores determinantes para la existencia de agresión sexual y las consecuencias aparejadas a la misma.

⁷¹ Los hombres únicamente podían serlo respecto al delito de sodomía. Vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 44 y 45.

⁷² Al respecto, debe recordarse lo dicho acerca de los sujetos sobre los que el *pater familias* tenía potestad: los esclavos, descendientes, y mujeres. Dentro de éstas últimas, la hija bajo la potestad del padre, la mujer soltera adulta bajo la tutela gentilicia, la mujer casada bajo la potestad de su marido, y las vestales bajo la potestad del Pontífice.

⁷³ “De este modo, la relación de parentesco entre descendientes y ascendientes, la relación conyugal, la relación de poder existente entre el esclavo y su dueño, o la relación de autoridad entre la vestal y su Pontífice, anulaban la tipicidad de los encuentros sexuales no consentidos llevados a cabo con violencia o con intimidación entre la figura autoritaria y el sujeto subordinada. En este sentido, un ciudadano romano libre, solo veía limitada su libertad sexual por el ámbito de autoridad de otro ciudadano. El *pater familias* podía tener relaciones con sus esclavos, hombres o mujeres, con sus libertos, hombres o mujeres y, por supuesto también podía hacer con su mujer sin que ésta tuviese derecho a rechazarlo”. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 49.

c) Aspecto subjetivo del ilícito

Dado que la agresión sexual consistía en el yacimiento impuesto a la víctima mediante “*vis física*” o “*vis morale*” entendidos como violencia o intimidación, desde un punto de vista subjetivo sólo resultaba compatible con un proceder voluntario y consciente del sujeto activo⁷⁴, por lo que no plantea demasiados problemas desde un punto de vista subjetivo.

Distinta consideración tuvieron, a partir del Principado, aquellos sujetos activos menores de edad o que padecían enajenación mental. En virtud de estas causas que excluyen la responsabilidad penal, en ocasiones, provocaban que el sujeto afectado por ellas fuese jurídicamente incapaz de cometer el delito en cuestión⁷⁵.

d) Consumación del delito

La agresión sexual se consumaba, como consecuencia del contenido típico del comportamiento basado en el concepto clásico de yacimiento, con la penetración como forma de introducir el pene en la cavidad vaginal. En el supuesto de que el sujeto pasivo mujer fuese virgen, a la penetración se sumaba la rotura del himen⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁵ “*En virtud de estas causas, se excepcional en derecho romano el principio general según el cual todos los que podían sufrir una injuria también podían inferirla. La jurisprudencia del periodo clásico señalaba la existencia de casos en los que el individuo solo podía ser sujeto pasivo del delito, pero nunca activo (...) se entiende que dichas personas eran incapaces de comprender la ilicitud del hecho o de adaptar su conducta a esta conciencia de lo injusto*”. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 51.

⁷⁶ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 109.

Respecto a los actos preparatorios punibles y la comisión imperfecta en grado de tentativa, siguiendo los preceptos dados al respecto por el Derecho penal romano, éstos eran punibles en virtud de la consideración del delito en cuestión como público o privado, cabiendo la comisión imperfecta únicamente en los delitos públicos⁷⁷.

De la sucesión de leyes penales romanas estudiadas, podemos concluir que la agresión sexual sólo fue considerada como delito público a partir de la *Lex Plautia de vi* y, únicamente, en aquellos supuestos en los que la víctima era una ciudadana libre. De lo que se desprende que, únicamente en tal caso, cabrían considerar como punibles los actos preparatorios o la comisión del delito en grado de tentativa⁷⁸

e) Autoría y participación

Al igual que sucedía respecto a la consumación del delito, el grado de punibilidad de otras formas de participación en el delito que no fuera la autoría material⁷⁹, tales como la coautoría, la instigación o la ayuda prestada antes o después del hecho por un sujeto ajeno a la comisión del delito, se hacen depender de la consideración pública o privada del delito en cuestión⁸⁰.

Por lo tanto, hasta la promulgación de la *Ley Plautia de vi*, las penas a imponer para el autor material eran las mismas que se imponían a todos los participantes del delito,

⁷⁷ MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 66 y 67.

⁷⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 52.

⁷⁹ En el sentido actual de la misma, recogido en el artículo 28 del Código Penal, como aquel sujeto que realiza el hecho por sí mismo.

⁸⁰ MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., p. 68.

siempre y cuando ostentaran todos ellos el mismo estatus. Posteriormente, se empezó a tener en consideración el grado de intensidad de cada partícipe en la comisión del delito para la imposición de penas⁸¹.

En lo que a los delitos objetos de estudio se refiere, desconocemos la concreta penalidad impuesta en los casos de participación en forma de partícipe en el delito ya que, la práctica totalidad de las agresiones sexuales se daban en forma de autoría directa y material⁸².

f) El bien jurídico protegido

Para poder definir correctamente el bien jurídico protegido en época romana respecto de la conducta típica descrita, debemos primero ver cómo era la concepción que de la propia sexualidad se tenía. Al respecto, se puede afirmar que la libertad sexual, en el sentido jurídico actual, no se encontraba protegido por el Derecho penal romano, pues, en la sociedad romana, no existía libertad en lo que a la sexualidad propia se refiere⁸³.

En este sentido, no todos los sujetos podían practicar sexo libremente e, incluso, en algunos supuestos como los vistos *supra*, no podían negarse a practicarlo si el que lo solicitaba era un sujeto respecto del cual estaban bajo su potestad.

⁸¹ MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, op. cit., pp. 68-70

⁸² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 54.

⁸³ Sobre la sexualidad en la época de la Monarquía y de la República, vid. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 37-42; sobre la sexualidad en la época del Principado, vid. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 79-89; sobre la sexualidad en la época del Dominado, vid. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 118-122.

Como bien se dijo en la introducción a esta monografía, la sexualidad y su punición han sido objeto de interés humano desde épocas primitivas, y la sociedad romana no era ajena a esta afirmación. El instinto sexual era objeto de multitud de limitaciones sociales, pero también por parte del derecho y de las instituciones.

Se fomentaba, en aquella época, el honor u honorabilidad de ciertos sujetos que, como consecuencia, debían guardar su honra y, evidentemente, como consecuencia de la castidad configurada como el objetivo al que todo ser humano debía aspirar, no podían ejercer su sexualidad con libertad. Y es esa honorabilidad la que, en sentido moderno, haciendo un paralelismo con lo que actualmente entendemos como bien jurídico protegido, intentaba restaurar las normas romanas⁸⁴.

En este sentido, la agresión sexual quedaba instrumentalizada para garantizar la permanencia de esa concepción de la sexualidad. No estaba, entonces, orientada a la protección del sujeto pasivo en sí mismo considerado, sino que estaba instrumentalizada en la concepción de la continencia sexual y de los valores a fomentar⁸⁵.

Ello se desprende del hecho de que no solo la víctima podía reclamar un castigo por la pérdida de su honorabilidad, sino que aquellos sujetos que tenían potestad sobre la misma también podían hacerlo ya que se entendía que las consecuencias del delito le afectaban de igual forma, a todos de igual manera⁸⁶

⁸⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 57.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 58.

2.2. Los delitos de agresión y abuso sexual en la época visigoda

2.2.1. Consideraciones preliminares: Asentamiento y formación del derecho visigótico. Importancia del estudio del Derecho visigodo

Aunque el asentamiento de los visigodos en España no se consolidó hasta mediados del siglo VI, cuando se constituyó el reino visigodo español con sede en Toledo, la invasión por los pueblos bárbaros de distintos territorios de la Península Ibérica en el año 409, debido a la grave crisis económica y política por la que atravesaba el Imperio Romano, supuso un momento clave para la historia española⁸⁷.

Al respecto debe decirse que, el asentamiento visigótico no supuso una ruptura con la tradición histórica de la Península Ibérica y, hasta el siglo VI, estuvo vigente la estructura social y los elementos del sistema jurídico del último periodo romano e, incluso posteriormente, el derecho romano vulgar de occidente siguió formando parte del sistema jurídico visigodo⁸⁸.

Aun así, con el Derecho visigodo, se introdujeron ciertas particularidades en los delitos objeto de estudio que justifican la importancia de un estudio independiente de la legislación visigoda.

⁸⁷ ESCUDERO, J.A. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones Político-administrativas*, Editorial Juan Antonio Escudero, Madrid, 2012, p. 179; TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 97.

⁸⁸ PEREZ PRENDES, J.M., *Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 327; VALDÉS RUBIO, J.M., *Derecho penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Analecta Ediciones, Pamplona 2004, p. 122;

De nuevo, debemos tener en cuenta tanto los usos y costumbres sexuales de la época, como la condición social del sujeto activo y pasivo, que, al igual que durante el periodo histórico precedente, van a condicionar la operatividad de las normas penales.

Asimismo, es necesario reiterar las consideraciones realizadas acerca de la imposibilidad de identificar un Derecho penal independiente y autónomo durante este periodo histórico, por lo que son de aplicación las matizaciones ya realizadas en el apartado anterior respecto del Derecho penal romano.

2.2.2. Normas reguladoras: El Código de Eurico y el Liber iudiciorum, el Brevario de Alarico II y el Derecho canónico

Del Palimpsesto de París se conserva una parte muy reducida del Código de Eurico⁸⁹. Y, de lo que se conserva, no aparece ningún rastro de lo que a delitos sexuales se refiere⁹⁰. Por lo que, tampoco, respecto de los delitos de agresión y abuso sexual.

Sin embargo, contamos con la extraordinaria palingenesis llevada a cabo por D'ors en los denominados *Estudios visigóticos*⁹¹ (concretamente, en *Estudios visigóticos II*), en donde comparando las *antiquae* del *Liber iudiciorum*, establece el posible

⁸⁹ Concretamente, de los capítulos 276 a 336. Sobre el contenido del Palimpsesto de París, véase D'ORS, A., *El Código de Eurico, Edición, Palingenesis, Índices*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, pp. 15-20.

⁹⁰ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 176.

⁹¹ D'ORS, Á., "Estudios visigóticos I", en Cuadernos del Instituto Jurídico Español, CSIC, 1956, *passim*.; D'ORS, A., "El Código de Eurico, Estudios visigóticos II", en Cuadernos del Instituto Jurídico Español, CSIC, 1960, *passim*.

contenido del Código de Eurico⁹². Por ello, resulta fundamental, para un correcto estudio, el conocimiento tanto el Código de Eurico como del *Liber iudiciorum*.

Dentro de esta palingenesia, y con el orden de títulos en ella recogidos, debemos destacar, para nuestro objeto de estudio, tres títulos: el Título XIV (“*De nuptiis inlicitis*”), el Título XV (“*De raptu virginum et viduarum*”) y el Título XVI (“*De adulteriis*”) ⁹³, dentro del cual, como ocurriría en el *Liber iudiciorum*, se regulan no sólo el adulterio en sentido estricto, sino todos los delitos sexuales con mujer no casada, entre los que se incluye el concepto actual de agresión sexual⁹⁴.

Por su parte, del *Liber iudiciorum*, debemos destacar los Títulos III y IV del Libro III y el Título V: El Título III del Libro III (“*De raptus virginum velviduarum*”) –que, al igual que en el título XVI del Código de Eurico, aparece entremezclado el delito de agresión sexual con el de rapto–; el Título IV del Libro III (“*De adulteriis*”) –donde se regula, además del adulterio, otros delitos sexuales, diferentes al rapto, en donde también se encuentra el de la agresión sexual–, y el Título V (“*De incestis et apostatis adque masculorum concubitoribus*”) –en el que se incluye el casamiento por la fuerza con mujeres religiosas o parientas y el forzamiento de hombres, como una posibilidad que podía darse dentro del delito de sodomía–.

⁹² El número de leyes identificadas por D’ORS prácticamente cubren el número de capítulos que comprenderían las 144 páginas anteriores a los restos del Palimpsesto (capítulos 276 a 336). Es decir, los 275 capítulos anteriores. Las que identifica como más o menos directamente euricianas las distribuye en 31 títulos. Los títulos son conjeturados comparándolos con los del *Liber iudiciorum* y sobre bases materiales de contenido, ya que la parte que se conserva en el Palimpsesto se corresponde sólo con cuatro de ellos. Para ello, elimina una serie de rúbricas del *Liber iudiciorum* por tres motivos diferentes: por ser totalmente nuevas (no conteniendo ninguna ley que parezca euricana), por haber surgido con posterioridad al Código de Eurico, y por ser extravagantes. Vid., D’ORS, A. “El Código de Eurico”, op. cit., pp. 51-55.

⁹³ Ibidem, p. 54.

⁹⁴ Ibidem, p. 144.

Dentro del Título XIV (“*De nuptiis illicitis*”) del Código de Eurico, se habla de la sanción actos ilícitos dentro del matrimonio⁹⁵ y debemos correlacionarlo al Título III (“*De raptus virginum velviduarum*”) del *Liber iudiciorum*⁹⁶.

Destacan, para nuestro objeto de estudio, la *antiquae* 3,2,1, en donde se regula el plazo para las segundas nupcias y se equipara el estupro (llamado aquí “*adulterium*”) al matrimonio cuando uno y otro tienen lugar antes de concluir el “*tempus lugendi*” de la viuda⁹⁷; y la *antiquae* 6, 3,7,9, que, en el mismo sentido, equipara al adulterio el nuevo matrimonio de la que no espera, para contraerlo, una certeza humana del fallecimiento de su anterior marido actualmente ausente⁹⁸.

Se regula el delito de raptó de una doncella o una viuda, distinguiendo que la mujer regresara a su casa sin que su honestidad hubiese sido ultrajada, es decir, sin haber yacido con el raptor, o que volviese tras haber mantenido relaciones sexuales con éste. Aparece, por tanto, el delito de raptó entrelazado con el de agresión sexual, teniéndose en cuenta la existencia o no de yacimiento para establecer la pena⁹⁹.

⁹⁵ Uniones contra el deseo de los padres o ilícitas por otros motivos, (*de nuptiis inlicitis*), el raptó (*de raptu virginum et viduarum*) y el adulterio, al que se asocian otros delitos que ya recibían esa calificación, aunque no implicaran una infidelidad matrimonial (*de adulteriis*). *Ibidem*, p. 132.

⁹⁶ Se conjetura un primer título con la misma rúbrica del *Liber iudiciorum* 3,2, de *nuptiis inlicitis*, pero en la cual también se pueden dislumbrar las *Liber iudiciorum* 3,1, de *dispositionibus nuptiaremus*. *Ibidem*, p. 132.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 135.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁹ Se debe tener en cuenta aquí que ZEUMER considera que, en lugar de la *antiquae* que se analiza, existía en el Código de Eurico una ley estrechamente relacionada con la *Lex Burgundionum*, en la que se recoge el caso de que la raptada regrese a la casa de sus padres sin que su honor se hubiese ultrajado y el caso contrario, en el que el raptor hubiese conseguido yacer con ella. Por su parte, D’ORS es de la opinión de que esta *antiquae*, perteneciente a Eurico y modificada por Leovigildo, tomaría como base el Código Teodosiano. Vid., ZEUMER, K., “Historia de la Legislación Visigoda”, en Anuario de Historia del Derecho español, 1944, traducido por CLAVERÍA, C., pp. 243 y 244; D’ORS, A. “El Código de Eurico”, op. cit., pp. 51-55.

El Título XV (“*De raptu virginum et viduarum*”) tipifica el delito de rapto, y debe ponerse a la par que el Título III (“*De raptus virginum velviduarum*”) del *Liber iudiciorum*, que está integrado por doce leyes dedicadas al rapto y a los delitos que con él se relacionan. Seis son *antiquae* y la otra mitad pertenecen, tres a Chindasvinto y tres a Recesvinto¹⁰⁰.

Y, el más relevante para nuestro estudio, el Título XVI (“De adulteriis”) del Código de Eurico y el el Título IV del libro III (“*De adulteriis*”) del *Liber iudiciorum*, ya que, bajo el término de “*adulteriis*” se hacía referencia a todos los delitos sexuales con una mujer, debiendo distinguir entre adulterio en sentido estricto y otros delitos con mujer no casada¹⁰¹.

Respecto al primero, el adulterio en sentido estricto, debemos acudir a la *antiquae* I del Título IV del Libro III del *Liber iudiciorum*, que regula el adulterio visigodo cometido con una mujer casada contra su voluntad –pudiendo ser equiparado con el delito de agresión sexual– o con su consentimiento –siendo la concepción actual del término adulterio–¹⁰².

Respecto a los demás delitos sexuales con mujer no casada, se deben nombrar las *antiquae* 14 y 16 del Título IV del Libro III del *Liber iudiciorum*. La primera de ellas¹⁰³, recoge la violación de la mujer libre no casada, es decir, la doncella o la viuda, mientras

¹⁰⁰ D’ORS, A. “El Código de Eurico”, op. cit., pp. 140- 143.

¹⁰¹ Ibidem, p. 144.

¹⁰² Ibidem, p. 146.

¹⁰³ Ibidem, p. 148.

que la segunda, está referida a la violación realizada por el hombre libre o el siervo con la sierva ajena¹⁰⁴.

De la lectura de este título podemos concluir que, con independencia de cual sea la condición y características del autor y de la víctima del delito (personas casadas, viudas, doncellas, consagradas a Dios, libres o esclavas) siempre existía en el delito la participación de dos sujetos, uno pasivo, y otro activo, que obligaba al primero a yacer contra su voluntad y mediante el empleo de fuerza¹⁰⁵.

Si bien, el *Liber iudiciorum* castigaba en la *antiquae* 3,5,4, el yacimiento violento (estupro) de un hombre con otro como una posibilidad que podía darse dentro del delito independiente de los *concupitores masculorum*, castigándolo con la pena principal de la castración para el sujeto activo y, respecto al pasivo, se le eximía de pena, al no haber prestado su consentimiento para la realización del acto, y ello siempre que denunciase el hecho¹⁰⁶.

En otro orden de cosas, en la selección de las *leges* y de los *iura* que realizaron los redactores del Breviario de Alarico II y en las *interpretationes*, también encontramos algunas referencias al delito de agresión sexual. Para esta fuente, la misma era considerada una injuria corporal que debía ser castigada con la máxima severidad por suponer un grave atentado contra el pudor y la honra¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 149.

¹⁰⁵ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 178.

¹⁰⁶ D'ORS, A. "El Código de Eurico", op. cit., p. 147

¹⁰⁷ Breviario de Alarico II, PS 5,4,1/5,4,14.

También el Derecho canónico se preocupó de reprimir el delito de agresión sexual, sobre todo, si las víctimas de éste eran vírgenes o viudas religiosas. En el Concilio de Lérida, celebrado en el año 546, durante el reinado de Teodorico, se castigaba en el Canon VI, la violación de una viuda penitente o una virgen religiosa. Al violador se le aplicaba la pena de la excomunión y la separación de la comunidad cristiana, hasta que cumpliera la penitencia pública. En el supuesto de que la mujer violada no quisiera separarse de su violador, entonces ambos eran castigados con la excomunión y separación de la Iglesia¹⁰⁸. Una solución similar encontramos en el Canon IV del Concilio de Barcelona II del año 599, celebrado durante el reinado de Recaredo, en el que se castigaba con la excomunión a las mujeres que no quisieran separarse “*del que las había forzado*”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Concilio de Lérida, Canon 6.

¹⁰⁹ Concilio de Barcelona II, Canon 4.

2.2.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Derecho visigodo

a) La conducta típica

Desde un punto de vista objetivo, la conducta típica de los preceptos transcritos en lo relativo a la concepción actual de las agresiones sexuales, siempre comportaba la realización de un comportamiento sexual, independientemente de que el hecho se calificase después como agresión sexual, adulterio forzado o sodomía.

Por su parte, al igual que en el Derecho romano, no podemos encontrar, en lo que a la conducta de abuso sexual se refiere en su configuración actual, ningún paralelismo con las leyes visigodas, por lo que, volvemos a hacer las mismas consideraciones realizadas en ese apartado.

Pues bien, en lo relativo al delito de agresión sexual, debemos estudiar, por un lado, la agresión sexual y el adulterio forzado, y por otro, la sodomía. De este modo, podemos definir las primeras conductas típicas como el coito heterosexual, entendido en términos de yacimiento, como la introducción del pene en la cavidad vaginal. Esto se deduce de la exigencia de un determinado resultado: en los casos de agresión sexual, la pérdida de la virginidad del sujeto pasivo y, en los casos de adulterio forzado, la corrupción que implicaba la invasión de un agente extraño en el interior del propio cuerpo¹¹⁰.

¹¹⁰ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 181-183.

Por su parte, el comportamiento sexual en el delito de sodomía que era, como ya se ha visto, un delito autónomo que no daba lugar a agresión sexual, y consistía en la introducción del pene en la cavidad anal. La ley sólo hacía referencia expresa a dicha conducta típica respecto del sujeto pasivo hombre, sin que pueda determinarse una valoración penal de dicha práctica cuando el sujeto pasivo era mujer¹¹¹.

En conclusión, la conducta típica de la agresión sexual quedaba circunscrita exclusivamente a la introducción del pene en la cavidad vaginal. En este sentido, se desconoce el grado de penetración requerido, así como la necesidad de otros resultados como la eyaculación o la satisfacción sexual del agresor¹¹².

Por otro lado, la conducta sexual descrita se debía llevar a cabo contra la voluntad de la víctima. La falta de consentimiento se consideraba probada cuando el sujeto activo empleaba fuerza para llevar a cabo la penetración y la legislación visigoda se refería, en este sentido, al yacimiento "violento", no dejando claro si el mismo abarcaba tanto el empleo de fuerza física como el uso de intimidación. Si bien, el término violencia se entendía, al igual que en el Derecho romano, como sinónimo de energía física directamente aplicada sobre el cuerpo de la víctima¹¹³.

¹¹¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. op. cit., p. 69.

¹¹² *Ibidem*, p. 69.

¹¹³ RODRÍGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. pp. 198.

b) Sujetos intervinientes

Los sujetos del delito, al igual que en Derecho romano, resultan de singular importancia, pues dependiendo del estado civil –soltera, casada o viuda–, y de la condición de siervo o de ciudadano libre de los sujetos activo y pasivo, se va a determinar la gravedad del castigo, la categoría delictual e, incluso, la existencia mismo de delito.

El hombre era el único susceptible de ser sujeto activo de la agresión sexual y solo la mujer podía ser considerada sujeto pasivo. Al igual que sucedía durante el periodo romano, el sistema visigodo no reconocía el principio de igualdad en materia penal. El estatuto personal que ostentaran los sujetos activo y pasivo, así como la relación jurídica que existiera entre ambos, determinaba tanto la penalidad como el límite de lo penalmente relevante.

En consecuencia, era preciso hacer una consideración conjunta de ambas condiciones personales, la del agresor y la de la víctima, para comprender la operatividad de las mismas en relación con las cuestiones señaladas, pues, en principio, todo hombre era legalmente susceptible de llevar a cabo una agresión sexual, pero no sobre cualquier mujer. El sentido antijurídico de la conducta venía determinado por el estatus que ostentasen los dos sujetos intervinientes en la misma¹¹⁴.

Así pues, el hombre libre era susceptible de agredir a una sierva ajena y a la mujer libre que fuese viuda, virgen o esposa de otro varón. De acuerdo con lo apuntado en líneas

¹¹⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. op. cit., p. 70.

anteriores, los tres primeros supuestos eran clasificados como agresión sexual y el cuarto como adulterio forzado. Por su parte, los encuentros sexuales no consentidos que el hombre libre llevara a cabo con su mujer o con su sierva no eran considerados delictivos. Asimismo, el siervo era susceptible de cometer agresión sexual o en su caso adulterio forzado con cualquier mujer que no fuese su propia esposa, en caso de que su estatuto jurídico le permitiera contraer matrimonio¹¹⁵.

Por tanto, la agresión sexual entre cónyuges no estaba considerada como tal. La relación conyugal exigía de la mujer una disponibilidad sexual absoluta respecto del hombre con el que hubiera contraído matrimonio, independientemente de cuales fueran sus deseos en este sentido¹¹⁶.

Por otro lado, el *Liber Iudiciorum* sólo se refería a la agresión sexual de la esclava ajena. No hacía, pues, mención al atentado sobre la esclava propia y cabe interpretar que la ausencia de regulación era indicativa de la licitud del referido comportamiento. Además, el siervo que era víctima de una acción delictiva llevada a cabo por parte de su señor no podía acusar a éste por estar sujeto a un deber de lealtad para con el mismo. Esta circunstancia confería impunidad a todos los abusos que el señor cometiera contra su siervo, incluyendo los de tipo sexual¹¹⁷. El ordenamiento visigodo mantuvo, pues, el margen de disponibilidad sexual del que el hombre libre romano disfrutaba respecto de su mujer y de sus esclavos¹¹⁸.

¹¹⁵ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p. 195.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 195

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 190

¹¹⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. op. cit., p. 71.

En definitiva, se podría afirmar que el Derecho visigodo entendía la agresión sexual como la conjunción heterosexual forzada que un hombre imponía sobre la sierva ajena, la mujer libre virgen, viuda o esposa de otro hombre. Obviamente si el hombre era siervo, el concepto del ilícito se ampliaba para incluir el sexo que éste impusiera a cualquier sierva que no fuera su mujer.

Por otro lado, y también con relación al sujeto pasivo de la agresión sexual, es de suponer que la prostituta o la mujer promiscua no fueran susceptibles de ostentar semejante consideración. Si, como se verá más adelante, el objeto de protección de la norma era la castidad y el honor, la mujer que por su estilo de vida no poseyera semejantes cualidades, no podía sentirse herida en las mismas. No obstante, no se observa mención expresa en este sentido en las fuentes manejadas a diferencia de lo que sucedía al respecto en el Derecho romano¹¹⁹.

Asimismo, es preciso poner de manifiesto que, al igual que ocurría en el seno del derecho romano, la distinción entre sujeto pasivo del delito como titular del interés protegido por la norma y sujeto pasivo de la acción como sujeto sobre el que recae de manera directa el comportamiento atípico, cobraba especial importancia en el ordenamiento jurídico visigodo.

Hasta el momento he empleado la expresión sujeto pasivo para referirme al individuo sobre el que se ejecutaba la acción delictiva que no siempre coincidía o no era el único titular del objeto de protección de la norma. Como habrá ocasión de comprobar,

¹¹⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección. op. cit.*, p. 71.

el interés cuyo daño se pretendía evitar mediante la agresión sexual era, en unos casos, la castidad y la honorabilidad social y en otros, la propiedad. El atentado sexual contra la mujer libre vulneraba no sólo la castidad y la honorabilidad de la misma, sino también el prestigio social de su padre, hermano o esposo. Por otro lado, el yacimiento impuesto a la sierva ajena no se concebía tanto como una ofensa hacia ésta, sino como un daño en la propiedad de su dueño. Por tanto, el sujeto pasivo, como titular del interés protegido en el delito, no coincidía con el sujeto sobre el que recaía la acción criminal, como sucede en la actualidad con los delitos sexuales¹²⁰.

c) Aspecto subjetivo del ilícito

El Derecho penal visigodo partía de una concepción subjetiva del delito en virtud de la cual la intención del agente se erige como criterio para determinar la responsabilidad criminal. De acuerdo con este planteamiento, el que realizaba la acción delictiva debía tener, para ser considerado responsable, la voluntad y la conciencia de llevarla a cabo.

No obstante, la agresión sexual, por consistir en el yacimiento impuesto mediante fuerza, no planteaba problemas en relación con el aspecto subjetivo, pues se entendía que la misma, por su propia naturaleza, era necesariamente dolosa y por tanto incompatible con la comisión imprudente¹²¹.

¹²⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. op. cit., p. 72.

¹²¹ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p.196.

d) Consumación del delito

La cuestión relativa al *iter criminis* en la agresión sexual no presentaba demasiados problemas en el sistema jurídico visigodo. La introducción del pene en la vagina era en principio suficiente para considerar la existencia de consumación. La ley no se pronunciaba expresamente respecto del grado de penetración requerido a tal efecto, el cual sólo podía ser precisado en el caso de que la víctima fuera virgen (en tal caso y al igual que en el Derecho romano, la penetración debía ser la necesaria para romper el himen). Por otro lado, tampoco existía mención legal expresa acerca de la necesidad de acaecimiento de otro tipo de circunstancias como la eyaculación o la satisfacción sexual del actor.¹²²

Es preciso poner de manifiesto que el Derecho penal visigodo, acorde con una concepción subjetivista del delito¹²³, debió castigar las formas imperfectas. En principio, el actor que daba comienzo al comportamiento delictivo, pero no llegaba a la consumación por causas ajenas a su voluntad, sería susceptible de recibir castigo pues su acción demostraba ánimo lesivo, a pesar de no haber provocado resultado requerido para la consumación del delito. No obstante, el *Liber Iudiciorum* no hacía alusión al respecto, por lo que se desconoce la valoración visigoda de las acciones delictivas inacabadas¹²⁴.

¹²² En palabras de RODRÍGUEZ ORTIZ: “la parca descripción de los tipos penales en la época visigoda deja, entre otras muchas cuestiones, este punto sin resolver”, vid. RODRÍGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p. 197.

¹²³ De acuerdo con LALINDE, el sistema jurídico-penal visigodo asume una concepción subjetivista del delito, en virtud de la cual el delito se castiga no sólo por el acaecimiento del resultado lesivo, sino también por la intención de causarlo. El autor entiende que los sistemas que se erigen sobre la concepción subjetivista, castigan las formas imperfectas del delito. Vid. LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al derecho español*, Ariel, 1978, Madrid, pp. 616, 624 y 625.

¹²⁴ RODRÍGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p.209.

Sin embargo, el Breviario de Alarico II, al constituir una recopilación del Derecho romano clásico, sí diferenciaba entre el delito consumado y la tentativa a efectos de penalidad¹²⁵. Subsiste, pues, la duda acerca del tratamiento de las formas imperfectas en la legislación genuinamente visigoda¹²⁶.

e) Autoría y participación

En las fuentes analizadas, se distingue entre autor material del hecho, aquel que realiza la conducta prohibida en la ley, y aquellos otros que puedan mandar o colaborar en el hecho delictivo¹²⁷.

Dentro de la autoría material, no se especifica la posibilidad de comisión de varios sujetos conjuntamente, por lo que, en principio, deberíamos descartar la posibilidad de la coautoría¹²⁸.

Respecto al mandamiento para realizar un hecho delictivo, podríamos hablar o bien inductor, o bien de autoría mediata. Si bien, el inductor o autor mediato, será el ciudadano libre (señor) que mande a su siervo realizar los comportamientos ilícitos, bien yacimiento, bien rapto. Dependiendo de que delito sea y de a que fuente acudamos, la pena será diferente: al señor que induzca a su siervo a realizar el yacimiento, se le impondrá la

¹²⁵ Mientras el delito consumado se reprimía con la pena de muerte el intentado estaba castigado con la deportación a una isla. Breviario de Alarico 5, 4, 14.

¹²⁶ Los actos preparatorios y la tentativa, como formas imperfectas del delito eran punibles, según el derecho penal romano, dependiendo de la naturaleza pública o privada del delito en cuestión. MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho Público Romano*, op. cit, pp. 66 y 67.

¹²⁷ “*Tanto el Código de Eurico, como el Liber y el Breviario distinguen entre autor material del hecho (...) y aquel otro que pudo inducir o colaborar en su comisión*”, vid. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p. 208.

¹²⁸ “*Siempre se hace mención a un solo individuo como el realizador de la fuerza, aunque éste pueda verse ayudado, en la comisión del delito, por un grupo de cómplices*”, Ibidem, p. 207.

misma pena establecida para el yacimiento ¹²⁹ o perderá su dignidad y honor –y el siervo será condenado a trabajar en las minas–¹³⁰; mientras que, al señor que induzca a su siervo a raptar una mujer libre, será el señor quien responderá por el rapto ¹³¹.

Por último, y respecto a los que pudieron colaborar en la comisión del hecho delictivo, el Brevario de Alarico castiga gravemente a aquel sujeto que pudiera acompañar a aquel que “*se atrevió a atentar contra el pudor de una mujer*”¹³².

Por su parte, la *antiquae* 3,3,12, castiga a aquellas personas que ayudaron al raptor a cometer el delito. La penalidad depende de la condición del cómplice: si se trata de un hombre libre, deberá pagar seis onzas de oro y, además, recibir cincuenta azotes; si se trata de un siervo, y actuara de acuerdo con su señor, éste deberá pagar por él lo que se ha dicho para el hombre libre ¹³³.

Asimismo, el Brevario de Alarico señala que los mediadores y ayudadores del raptor debían ser castigados con la misma pena impuesta a éste, es decir, la capital, sin hacer distinción de su sexo, pena que, en caso de tratarse de siervos, se aplicaría en la forma de la vivicombustión ¹³⁴.

¹²⁹ Antiquae 3,4,16, Código de Eurico.

¹³⁰ Brevario de Alarico II, CTh. 9,7,3

¹³¹ *Liber iudiciorum*, 3,3,8.

¹³² Brevario de Alarico II, PS. 5,4,14.

¹³³ *Liber iudiciorum* 3,3,12.

¹³⁴ Brevario de Alarico II, CTh. 9, 19, 1, 5

f) El Bien jurídico protegido

Para los visigodos, el delito de agresión sexual, y los delitos sexuales en general, eran considerados un atentado contra la castidad de la mujer o contra el pudor, que, en caso de ser virgen, suponía, además, la pérdida de su entereza corporal¹³⁵.

Pero, de igual forma, también constituía una ofensa al honor de las personas. Este tipo de delitos se configuraban como causantes de un grave deshonor, tanto para la persona que lo sufría, como para las personas vinculadas a ésta. Ya fuese por vínculos de parentesco –padres o hermanos–, matrimoniales o de dominio¹³⁶.

En consecuencia, no podríamos hablar de un único bien jurídico afectado, pues, como acabamos de observar, ésta no sólo supone un grave atentado contra la honestidad femenina, sino un agravio al honor de las personas vinculadas a la víctima, personas entre las que se incluye el dueño.

No podemos, por tanto, equiparar los bienes jurídicos tutelados por el derecho visigodo respecto al delito de agresión sexual, con el protegido actualmente, la libertad sexual. Y es que, en esta época, no se le reconoce a la mujer libertad sexual para decidir con quién y cuando debía mantener relaciones sexuales y, por tanto, dicha libertad no puede ser incluida entre los bienes jurídicos protegidos¹³⁷.

¹³⁵ Así se desprende claramente del breviario de Alarico segundo, en donde la violación era considerada una injuria que suponía un grave atentado contra el pudor, y de la ley 3, 3,1 del *liber*, reguladora del raptó de una doncella o una viuda, en donde se diferencia, a efectos de la penalidad, si existió o no la violación de la raptada, aludiendo a dicha violación precisamente con el bien lesionado en la misma. Vid., RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p. 192.

¹³⁶ *Ibidem*, pp.192 y 193.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 194.

2.3. La regulación de los delitos de agresión y abuso sexual en la Edad Media

2.3.1. Consideraciones previas

Están de acuerdo los historiadores en decir que el periodo histórico denominado Edad Media abarca desde el año 711, con la invasión musulmana y la consecuente caída del Reino visigodo con sede en Toledo, hasta el descubrimiento de América por Cristóbal Colón en 1492. La Edad Media, asimismo, puede dividirse en dos etapas: la Alta Edad Media y la Baja Edad Media.

En esta primera etapa, la Alta Edad Media, y con la caída del Reino visigodo, desapareció la relativa unidad política que se había conseguido y, por tanto, también se fragmentó la unidad jurídica vista en el apartado precedente. España quedó dividida en dos bloques territoriales: la España musulmana y la España cristiana.

Al romperse la unidad política y jurídica visigoda como consecuencia de la invasión musulmana, el *Liber Iudiciorum* fue considerado como la mejor expresión de ese derecho antiguo, y la mayor parte de los reyes cristianos eran partidarios de mantener la vigencia del Derecho visigodo contenido en dicho código. No obstante, el derecho de la época se caracterizaba por ser heterogéneo y basado en usos y costumbres, surgiendo, de este modo, un nuevo derecho de carácter consuetudinario¹³⁸.

¹³⁸ Un derecho consuetudinario que “trataba de hacer frente a la especial problemática nacida de la reconquista y la repoblación. Hasta el siglo XI se fueron articulando conjuntos de normas que establecían nuevas prestaciones a los vasallos en favor de sus señores, alterando lo establecido en el *liber* y originando un derecho señorial”. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit. p. 237.

Con la reconquista, surgieron problemas prácticos repobladoras. Con el fin de atraer al mayor número posible de personas que se estableciesen en las nuevas tierras conquistadas, se concedieron cartas de población y fueros breves que contenían privilegios entre los que se encontraban algunos preceptos dedicados a materias de Derecho privado y penal, así como principios que consagraban la autonomía judicial y administrativa de éstos¹³⁹.

De este modo, la situación jurídica se caracterizaba por una vigencia simultánea de diferentes órdenes normativos dentro de cada uno de los reinos cristianos y, en lo que al orden jurídico penal se refiere, podemos decir que fuera de la esfera de los delitos que atentasen contra la corona o contra la estabilidad del reino la reacción frente a ellos quedaba en manos de la venganza privada¹⁴⁰.

Con el comienzo de la Baja Edad Media, los reyes quisieron recuperar las delegadas facultades normativas, administrativas y jurisdiccionales, intentando elaborar regímenes jurídicos generales. Es decir, con los avances hechos en la reconquista, el monarca quiso recabar para asimismo la facultad de crear derecho y comenzó a reservarse la capacidad de discernir entre el buen derecho y los malos usos, frenando el desarrollo autónomo de aquel al fijarlo por escrito¹⁴¹.

¹³⁹“Estos privilegios dados en las cartas de población y fueros breves provocaron la aparición de un derecho propio recogido desde finales del siglo XII y sobre todo en el siglo XIII en los llamados fueros municipales extensos”, RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp.237 y 238.

¹⁴⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 87 y 88.

¹⁴¹ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 238.

Durante este periodo, y con ciertas dificultades, se superó el localismo jurídico de la etapa anterior y la respuesta ante el crimen dejó de depender del libre arbitrio y medios del sujeto perjudicado y, aunque no se abandonó el sistema de venganza privada, al menos se dotó al mismo de una regulación jurídica¹⁴².

Es decir, conforme el poder regio se va fortaleciendo y comienza a verse influido por el derecho común e, incluso, por el derecho visigodo, la autoridad pública va a atribuirse tanto la jurisdicción como la ejecución de las penas, lo que va a provocar que el fin del castigo como parte del interés exclusivo del poder regio, ya no sea la venganza privada, sino mantenimiento del orden establecido. Y, evidentemente, la regulación de los delitos sexuales va a ir evolucionando como consecuencia del desarrollo propio del derecho en sí mismo, junto con éste¹⁴³.

Desde el punto de vista espacial, el estudio realizado en este apartado va a centrarse en el derecho castellano correspondiente al Reino de Castilla. Y ello, dado que se hace necesario, con la vigencia simultánea de órdenes jurídicos, establecer una limitación que nos haga llevar a cabo un estudio concreto y una exposición clara de lo que fue la regulación de los delitos sexuales durante esta época.

¹⁴² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 88.

¹⁴³ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media* op. cit., p. 240.

2.3.2. Normas reguladoras: El Fuero Real, El Espéculo, Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de 1378

Con las matizaciones realizadas en lo que al periodo histórico se refiere vamos a hacer en este apartado una breve exposición de la normativa a analizar.

La actividad normativa referida *supra* en la Baja Edad Media tuvo lugar en el año 1230 con Fernando III, en donde se unieron definitivamente los reinos de León y Castilla. Este monarca a la vez que iba sometiendo núcleos urbanos en la reconquista, y consciente de la importancia que adquirirían dichas ciudades conquistadas, fue concediéndoles su derecho municipal escrito formado por los privilegios propios de cada ciudad, así como una traducción romance del *Liber iudiciorum* conocida como el Fuero Juzgo¹⁴⁴.

La política legislativa de Fernando III se consolidó con su hijo Alfonso X pero, indudablemente, el triunfo del poder regio se logró con el siguiente monarca, Alfonso XI, mediante la promulgación del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348¹⁴⁵ en donde, en la Ley primera del Título 28, se estableció el orden de prelación de fuentes que debían

¹⁴⁴ RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., p. 239

¹⁴⁵ “El ordenamiento de leyes de Alcalá, es el monumento más precioso de la legislación española, que ha quedado de Alfonso XI (...) No fue menos ilustre el reinado de Don Alfonso XI por el nuevo aumento, y esplendor que adquirió la legislación (...) será obra muy señalada, y gloriosa en la historia de nuestro rey, el haber reducido la jurisprudencia a que el Estado de igualdad, y firmeza que hasta entonces nunca tuvo. Gobernase en este tiempo todavía casi todas las ciudades, y villas cabezas de partido, por sus fueros municipales, y cartas pueblas, que a imitación unas de otras habían obtenido de los señores Reyes. Y aunque Alfonso X dispuso el fuero real, y código de las partidas, con el fin de hacer un sistema general de leyes para todo el reino; es constante y que el fuero real solo conservó su fuerza, y observancia en algunos lugares, y principalmente en los tribunales de corte; el establecimiento de las partidas desde los días de su legislador hasta entonces, había experimentado en los pueblos la más obstinada resistencia” JORDAN DE ASSOT DEL RÍO, I., DE MANUEL Y RODRIGUEZ, M., *El ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares del año 1348*, impreso por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774, pp. 1-3.

aplicarse, teniendo prioridad el derecho regio y quedando en un segundo plano los derechos tradicionales, que se mantuvieron, pero con fuertes limitaciones.

Y es que, aunque Alfonso X redactó el *Fuero Real*, el *Espéculo*, y *Las Partidas*¹⁴⁶, que reconocían la labor legislativa como una potestad exclusiva del monarca, éstas no obtuvieron sanción oficial hasta su posterior inclusión en el ordenamiento de Alcalá¹⁴⁷.

De este modo, las fuentes empleadas en el presente apartado van a ser el *Fuero Real*, *Las Partidas* y el *Ordenamiento de Alcalá*, prescindiendo de los diferentes fueros municipales por la extensa proliferación de los mismos, que dificulta sobremanera un estudio riguroso de todos ellos. Y, respecto de éstas, merecen especial atención para nuestro objeto de estudio por un lado, el *Fuero Real*, y, por otro *Las Partidas* que, posteriormente, formarán parte del *Ordenamiento de Alcalá*.

¹⁴⁶ Que, como se desprende de los prólogos de estas leyes, y en palabras de Alfonso X, “*en los tres casos se dice que el correspondiente libro de derecho se da para poner remedio a la situación en que se encontraban las localidades, que no tenían libros de derecho adecuados para regirse por ellos, para que en adelante sea éste el único derecho aplicable y que ha sido redactado con la Corte y los sabidores de derecho*”. PEREZ MARTÍN, A., “El Fuero Real: Estudio Preliminar”, en *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 11.

¹⁴⁷ “*ALFONSO X, tuvo que enfrentarse constantemente con la nobleza para mantener la potestad legislativa como una facultad exclusiva del monarca. Haciendo uso de la misma intentó superar la heterogeneidad jurídica, transmitida a través de la costumbre, por medio de tres obras que tenían como objetivo la unificación del Derecho en sus reinos y señoríos. Con esa finalidad redactó en primer lugar el llamado Fuero Real, que fue concedido al antiguo reino de Castilla y a las Extremaduras. También el Espéculo pretendía lograr la unidad jurídica de la Corona castellana, recogiendo lo mejor de los Derechos vigentes en los reinos de León y de Castilla completado con el Derecho común. Pero esta obra no llegó a finalizarse, posiblemente porque el monarca comenzó una obra de mayor envergadura que respondía a su aspiración de ser designado Emperador. Esta nueva obra, Las Partidas, fuertemente influida por el Derecho común, reconocía la labor legislativa como una potestad exclusiva del monarca*”. RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, op. cit., pp. 238 y 239.

a) *El Fuero Real*

Así, en primer lugar, respecto al *Fuero Real*, éste consta de cuatro libros, subdivididos a su vez en 72 títulos con unas 550 leyes. Su sistemática sigue, básicamente, la de las canónicas *Cinco Compilaciones Antiguas*, recogida en las *Decretales de Gregorio IX* o *Liber Extra* y seguida en las obras posteriores del *Corpus Iuris Canonici*¹⁴⁸.

El Libro Primero (paralelo a *Las Partidas I-II* y *Decretales I*) es un breve compendio de derecho eclesiástico y real, y de organización de la justicia. El Libro Segundo (paralelo a *La Partida III* y *Decretales II*) trata del procedimiento del Derecho Común, con sus etapas y su técnica determinada, distinta de la castellana. El Libro Tercero (paralelo a *Las Partidas IV-VI* y *Decretales IV*) trata del derecho de familia, de las sucesiones y de los contratos. El Libro Cuarto (paralelo a *Las Partidas VII* y *Decretales V*) se refiere al Derecho penal, y es el que vamos a analizar¹⁴⁹.

Dentro del Libro Cuarto, destacan el Título VII (“*De los adulterios*”), que consta de siete leyes, el Título VIII (“*De los que yacen con sus parientas o con sus cuñadas o con mujeres de orden*”), que consta de tres leyes, el Título IX (“*De los que dejan la orden e de los sodomitas*”), que consta de tres leyes, y el Título X (“*De los que fuerzan o roban o engañan a las mugeres*”).

¹⁴⁸ PEREZ MARTÍN, A., *El Fuero Real: Estudio Preliminar*”, op.cit., pp. 10 y 11.

¹⁴⁹ PEREZ MARTÍN, A., *El Fuero Real: Estudio Preliminar*”, op.cit., pp. 10-12.

En primer lugar, en el Título VII dedicado al adulterio, se distingue entre mujer casada que realiza un adulterio¹⁵⁰, mujer desposada que se casa con otro¹⁵¹ y mujer que no sea casada ni desposada, que decide realizar el acto sexual por su propia voluntad¹⁵².

Especial relevancia tiene para nuestro objeto de estudio el Título X, “*De los que fuerzan o roban o engañan a las mugeres*”, que vamos a analizar pormenorizadamente.

Así, la Ley I dice lo siguiente:

*“Si algún ome levar mujer soltera por fuerza por facer con ella fornicio, e lo ficiere, muera por ello: et si la levar, e non yoguier con ella, peche maravedisa e si non ovier de que los pechar, pierda lo que oviera e yaga en prisión fasta que cumpla los c maravedisa e desta caloña aya la meytad el rey e la otra meytad la mujer que prisó la fuerza”*¹⁵³.

De ella se desprende que se castiga a aquel hombre (sujeto activo) que se llevase por la fuerza a una mujer soltera (sujeto pasivo) para yacer con ella –en el sentido que hemos venido describiendo hasta ahora– castigando con una pena más leve a quien se lleve por la fuerza a una mujer soltera pero no consiga yacer con ella.

La Ley II castiga el mismo comportamiento que la Ley I, pero la forma de comisión es diferente, ya que se castiga la coautoría:

*“Quando muchos se ayuntan e lievan alguna muger por fuerza, si todos yoguieren con ella mueran por ello: et si por aventura uno fuere el forzador e yoguiere con ella, muera, e los otros que fueren con él, peche cada uno maravedisa, la meytad al rey e la meytad a la muger, que prisó la fuerzaa, et non se pueda ninguno escusar porque diga que fue con su señor”*¹⁵⁴. Es decir, distingue dos situaciones distintas: cuando

¹⁵⁰ Ley I del Fuero Real.

¹⁵¹ Ley II del Fuero Real.

¹⁵² Ley VII del Fuero Real.

¹⁵³ *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 135.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.135.

varios sujetos activos (hombres) se lleven a una mujer¹⁵⁵ a la fuerza para yacer con ella, se les impondrá a todos la pena de muerte, mientras que, si se llevan a la mujer, pero sólo uno a la fuerza, sólo se le impondrá la pena de muerte a éste último.

La Ley III regula, el mismo comportamiento, pero cuando el sujeto pasivo fuera mujer casada:

“Todo ome que levare o robare muger casada por fuerza, maguer que non aya que veer con ella, sea metido con todos sus bienes en poder del marido, que faga dél e de sus bienes lo que quisiere, e si ovier fijos o dende ayuso hereden lo suyoa, e del cuerpo faga el marido lo que quisiere. Et si levar por fuerza esposa agena, e ante qué aya que veer ninguna cosa con ella le fuer tollidaa, todo quanto oviere ayalo el esposo e la esposa por medio: et si non ovier nada, o ovier muy poco, sea metido en poder dellos en tal manera quel puedan vender, e el prescio ayanlo de consunoa, si él non oviere fijos derechos o dende ayuso, e si los oviere, hereden lo suyo, e él finque en poder i dellos , e sea vendido como sobredicho es”¹⁵⁶.

Es decir, cuando un hombre se llevase a una mujer casada por la fuerza, se dejará al marido que ajusticie el delito bajo su total arbitrio siendo, indudablemente, un ejemplo de la venganza privada de la que hemos venido hablando.

Por su parte, la Ley IV coloca como sujeto pasivo diferenciado a las “monjas” o “mujeres de orden”:

“Quien monja o otra muger de orden levare por fuerza , quier aya que veer con ella quier non, muera por ello: et si fijos derechos o dende a ayuso ovierrea, hereden lo suyoa: et si non los oviere, aya la meytad de lo que oviere el reya, e la otra meytad el monestrio donde fuere la mujer”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Que entendemos será soltera, pues si fuese casada estaría dentro del ámbito de aplicación de la Ley III.

¹⁵⁶ *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 135.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 135.

b) *Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de 1378*

Más allá de importancia y trascendencia de este cuerpo legal, es necesario advertir la abundante variedad de fuentes contenidas en *Las Partidas*. Fuentes que, sin duda, excedieron de las puramente normativas, incorporándose principios religiosos, filosóficos y morales, lo que nos traslada a la época actual un testimonio de la cultura de este periodo histórico¹⁵⁸.

Respecto de su contenido, es la Partida Séptima la que recoge las disposiciones penales bajo el título “*De todas las acusaciones et malfetrias que los homes facen por que merescen haber pena*”¹⁵⁹. En este precepto se clasificaba la agresión sexual como un tipo de injuria y, según la Ley I, “*Que cosa es deshonna, et cuántas maneras son della*”, del Título IX, “*De las deshonnas et de los tuertos quier sean dichos ó fechos a los vivos o contra los muertos, et de famosos libellos*”¹⁶⁰, injuria era toda acción susceptible de causar deshonna en la persona, tanto de palabra como de hecho, teniendo que acudir a las siguientes leyes para poder conocer todas las modalidades de deshonna existentes.

La ubicación sistemática del delito de agresión sexual se encuentra en el Título XX, “*De los que fuerzan ó lievan rábidas virgines ó las mugeres de orden ó las vibdas que viven honestamente*”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ejemplo de ello es la mención expresa de los valores religiosos en la regulación del adulterio, en donde se alude al juicio de la santa madre iglesia para explicar la menor gravedad que el adulterio masculino suponía respecto del femenino. Vid. “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio cotejadas con varios códices antiguos”, en Real Academia de la Historia, Madrid, 1807, p. 648.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 519.

¹⁶⁰ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, *op. cit.*, p. 574.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 662-664

En la propia descripción del contenido que se hace en el Título XX, podemos ver la gravedad con la que eran vistos por la sociedad de la época estos delitos. Textualmente se dice lo siguiente:

*“Atrevimiento muy grande facen los homes que se aventuran á forzar las mugeres, mayormente quando son virgines, ó mugeres de orden ó vibdas que facen buena vida en sus casas ó de sus padres. Onde pues que en los títulos ante deste fablamos de los que por falago ó por engaño las corrompen, queremos decir en este de los que pasan á ellas por fuerza ó las lievan; et mostraremos qué fuera es esta: et cuántas maneras son della: et quién puede hacer acusación sobre tal fuerza; et ante quién et á quáles: et qué pena merecen los facedores et los ayudadores”*¹⁶².

La Ley I, *“Qué fuerza es esta que facen los homes á las mugeres, et cuántas maneras son della”*, hace referencia a la “fuerza” necesaria para cometer el ilícito penal, contemplando dos modos: *“et esta fuerza se puede facer en dos maneras; la una es con armas, et la otra sin ellas”*¹⁶³. No especifica a que se refiere con “armas”, ni tampoco en qué consiste la “fuerza” que debe ser empleada, aunque, como veremos más adelante, podemos decir que será equiparable a la fuerza que hemos estado viendo en apartados anteriores.

Es la Ley III, *“Que pena merescen los que forzaren o rabiaren alguna de las mugeres sobredichas, et los ayudadores dellos”*, la que nos aclara la conducta típica de la agresión sexual, en cuanto que nos dice que *“rabiendo algunt home muger virgen, ó vibda de buena fama, ó casada ó religiosa, ó yaciendo con alguna dellas por fuerza (...)”*¹⁶⁴. Es

¹⁶² “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 662

¹⁶³ Se muestra en esta ley la concepción cristiana que de los delitos sexuales contienen, en cuanto que se dice expresamente *“et demás facen muy grant atrevimiento contra el señor forzándola en menosprecio del señor de la tierra do es fecho”*. “Las Partidas, en cuanto “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 662 y 663

¹⁶⁴ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 663

decir, la conducta a realizar consiste en yacer con alguno de los sujetos pasivos descritos (mujer virgen, viuda “de buena fama”, casada o religiosa), utilizando para ello la fuerza.

Junto con la agresión sexual, se regulaban los demás delitos sexuales, entre los que estaban el adulterio, el incesto, la seducción, el rapto o la sodomía. Y era la ausencia de consentimiento de la víctima respecto de la relación sexual, determinada por el empleo de fuerza, lo que diferenciaba la agresión sexual del resto de infracciones.

Debemos detenernos aquí en el estudio de la seducción como el principal antecedente de la figura del delito de abuso sexual. El delito de seducción se encontraba regulado en el Título XIX, “*De los que yacen con mugeres de orden, ó con vibda que viva honestamente en su casa ó con virgines por falago ó por engaño, non les haciendo fuerza*”¹⁶⁵, y se caracterizaba por que, el intercambio sexual, se llevaba a cabo sin violencia. Es decir, la víctima prestaba su consentimiento, pero con la particularidad de que estaba viciado por el empleo de engaño o halago por el sujeto activo. Ahora bien, como veremos más adelante, la seducción y el engaño solo resultaban idóneas para determinar el carácter no consentido del sexo si entre sujeto activo y pasivo existía un vínculo de parentesco, o el sujeto pasivo era una mujer religiosa.

Por último, respecto a qué se entendía por yacer, debemos acudir a la Partida Cuarta, relativa a los matrimonios, en donde se describía como “*el ayuntamiento carnal del hombre en la mujer*”¹⁶⁶. De este modo, podemos observar cómo las diferencias entre ambas no superaban las afinidades entre los distintos delitos sexuales –incluidos el

¹⁶⁵ El precepto comienza diciendo “*castidat es una virtud que ama Dios et deben amar los homes (...)*”, vid., “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 660 y 661.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 4

adulterio, el incesto, el rapto o la sodomía—. Por un lado, en todos ellos se exigía el coito heterosexual entendido como la introducción del pene en la vagina —a excepción de la sodomía—. Por otro lado, los intervinientes siempre eran personas que no debían mantener relaciones íntimas entre sí¹⁶⁷ y, dependiendo de la concurrencia de consentimiento, y de la forma en la que se obtuvo el mismo, el hecho se convertía en adulterio, incesto, sodomía, seducción, o agresión sexual, dependiendo del comportamiento típico llevado a cabo.

De la lectura de estos preceptos podemos, ahora con un mayor conocimiento, decir que el cuerpo normativo de *Las Partidas*, a lo que nuestro objeto de estudio se refiere, tienen un valor histórico inconmensurable, puesto que otorgaron, por primera vez, autonomía a los delitos de agresión y abuso sexual. Por ello, y dada la extensa regulación vista hasta ahora de los delitos sexuales en la Edad Media, utilizaremos los preceptos contenidos en ellas para realizar el examen de los delitos en el apartado siguiente.

Por último, antes de entrar a analizar los tipos descritos, y respecto al Ordenamiento de Alcalá, debemos puntualizar que el mismo nació de todas las fuentes existentes en la época en forma de Fueros municipales, así como de la jurisprudencia¹⁶⁸. Fue dividido en treinta y dos títulos, siendo el Título XXI, “*De los Adulterios è de los Fornicios*”, el que regulaba los delitos descritos en términos similares.

¹⁶⁷ “*La relación sexual entre un hombre y una mujer con la que se hallen ligados por vínculo parental, la esposa ajena, la viuda, la virgen, la religiosa, O entre un hombre y otro hombre, siempre estaba prohibida por la ley, sin que el carácter consentido o no violento que pudiera revestir supusiera la licitud de la misma*”. NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección* op. cit., p. 109.

¹⁶⁸ Al respecto, el interesantísimo comentario que del contexto previo y posterior a la promulgación del Ordenamiento de Alcalá realizaron D. Ignacio de Jordan de Assot del Rio y D. Miguel de Manuel y Rodríguez en 1774. D. JORDAN DE ASSOT DEL RÍO, I., y DE MANUEL y RODRIGUEZ, M., *El ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares del año 1348*, op. cit. pp. 1-32.

2.3.3. *Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en Las Partidas de Alfonso X*

a) *La conducta típica*

Como hemos visto supra, la Ley III del Título XX definía la agresión sexual como el yacimiento por fuerza que un hombre lleva a cabo sobre una mujer. La conducta típica se conforma, de este modo, sobre la base de tres elementos principales: el yacimiento, la fuerza empleada, y la falta de consentimiento como consecuencia de ésta.

Respecto al yacimiento, como ha quedado reflejado, no aparecía definido en el texto de las leyes dedicadas a los diferentes tipos sexuales. Para poder saber cuál era el tratamiento dado al yacimiento, debemos tomar prestado la definición que de éste se daba en el apartado dedicado al matrimonio en la Partida Cuarta, definiendo el mismo como el coito heterosexual entendido como “*el ayuntamiento carnal del hombre en la mujer*”¹⁶⁹.

De este modo, definiremos el yacimiento como la introducción del pene en la cavidad vaginal y, dicho yacimiento, debía conseguirse mediante el empleo de fuerza (textualmente, “*et esta fuerza se puede facer en dos maneras; la una es con armas, et la otra sin ellas*”¹⁷⁰). Como ya apuntamos, no se especifica a que se refiere con “armas”, ni tampoco en qué consiste la “fuerza” que debe ser empleada, aunque podríamos entenderla como el concepto tradicional que hasta ahora hemos estado viendo de violencia física

¹⁶⁹ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., p. 4

¹⁷⁰ “Las Partidas, en cuanto “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., p. 662

(“*vis física*”), existiendo dudas sobre si también abarca la fuerza moral (“*vis morale*”), o lo que actualmente entendemos como intimidación.

Bajo mi punto de vista, equiparar la expresión “ausencia de armas” con intimidación, puede resultar dudoso en cuanto que la fuerza puede ejercerse sin armas –mediante movimientos corporales violentos–, y que intentar equiparar esta afirmación con el concepto moderno de intimidación podría llegar a resultar inexacto. Es más, visto lo extenso de la regulación de los delitos sexuales, y la incorporación de la seducción como un concepto novedoso, si el legislador de *Las Partidas* hubiera querido incluir la fuerza moral o psicológica, lo hubiera hecho expresamente –sobre todo, si tenemos en cuenta el conocimiento que en aquella época se tenía del Derecho común antiguo–.

Por lo tanto, no constituye, en un primer momento, un argumento suficiente para poder considerar la existencia de intimidación como parte de la delimitación típica del delito de agresión sexual contenido en *Las Partidas*¹⁷¹.

Por su parte y en lo que respecta a la equiparación de la seducción con el actual delito de abuso sexual, y su delimitación típica, debemos entender que respecto al yacimiento no existen diferencias entre lo considerado para la agresión sexual. Y en lo que a la conducta que el sujeto activo debía hacer para llevar a cabo la seducción, la clave estaría en la forma de conseguir el consentimiento de la víctima, que sería mediante un engaño.

¹⁷¹ En el mismo sentido, aunque con matices, vid. NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 113.

Para saber que se entendía por engaño, debemos acudir a la Ley I del Título XIX, en donde se dice expresamente:

“Et non se puede excusar el que yoguiere con alguna dellas que non fizo muy grant yerro, maguer diga que lo fizo con su placer della non le faciendo fuerza: ca segunt dixieron los sabios antiguos como manera de fuerza es sosacar et falagar las mugeres sobredichas con primisiones vanas, faciéndoles facer nemiga de sus cuerpos, a’ que las traen en esta manera mas aina que non farien si les ficiesen fuerza”¹⁷².

De este texto se desprende que la conducta típica consistía en conseguir la anuencia del sujeto pasivo mediante promesas vanas, entendidas como engaños. Provocando que el consentimiento estuviese viciado por la actitud engañosa del sujeto activo, como causa principal del mismo.

b) Los sujetos intervinientes

Antes de entrar a considerar que sujetos eran susceptibles de ser encajados como agresor y cuáles como víctimas, debemos recordar una puntualización al respecto. En este periodo histórico, al igual que sucedía en los anteriormente estudiados, el sexo, la clase social y el estado civil eran clave para determinar tanto la existencia de delito, como la gravedad de la pena a imponer¹⁷³.

De este modo, y respecto al delito de agresión sexual, el sujeto activo del delito podía ser, exclusivamente, un hombre y, correlativamente, sujeto pasivo únicamente podía ser

¹⁷² “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., p. 661.

¹⁷³ En este sentido NÚÑEZ FERNANDEZ, J., quien considera la agresión sexual como un crimen de género. NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 114.

mujer. En consecuencia, el delito de sodomía no puede ser equiparado con el de agresión sexual, constituyendo un ilícito independiente¹⁷⁴.

Para entender la conducta típica como el comportamiento descrito en la ley y respecto a la penalidad asociada al mismo, al hecho de ser mujer, la ley exigía que la misma fuese virgen, esposa ajena, viuda “de buena fama” o religiosa. Al respecto véanse las transcripciones literales que se han venido realizando de los delitos a analizar.

Pues bien, dependiendo de si se entendían que el sujeto pasivo formaba parte de esta categoría de mujeres la pena era más grave que, si, por el contrario, no podía ser incluida en ella. Para las primeras, la pena a imponer era la de muerte, así como una pena pecuniaria que variaba en función del concreto estado civil de la víctima; mientras que, para las segundas, el castigo se dejaba al arbitrio del juzgador¹⁷⁵. Asimismo, la esposa, la prostituta, y la sierva propia, no se entendían incluidas en ninguna de las categorías anteriores, por lo que, para su caso en concreto, la imposición violenta del ya cimiento era una conducta no considerada antijurídica¹⁷⁶.

Las mismas consideraciones en lo que al sujeto activo del delito de agresión sexual deben de ser realizadas para el delito de seducción, con la matización de que las penas se hacían depender de la condición del sujeto activo: Si el hombre era honrado, únicamente perdía la mitad de sus bienes, así como la condición de miembro de la cámara del Rey;

¹⁷⁴ En palabras de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Los preceptos analizados no ofrecían dudas al respecto. Así, en la introducción del Título XX, se establecía: *Atrevimiento muy grande facen los homes que se aventuran a forzar mugeres*. Asimismo, la Ley I el mismo Título, al definir el tipo de fuerza presente en la violencia sexual llevaba por rúbrica *que fuerza es esta que facen los homes a las mugeres*”. *Ibidem*, p. 115.

¹⁷⁵ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, *op. cit.*, pp. 663 y 664.

¹⁷⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, *op. cit.*, p. 116.

mientras que, si era considerado un hombre “vil”, el castigo a imponer era azotes públicos y ser desterrado a “alguna isla” por cinco años. Y abre la posibilidad a que el sujeto activo sea siervo o sirviente, en cuyo caso, el castigo era ser quemado¹⁷⁷.

En lo que respecta al sujeto pasivo, éste debía tener una especial condición: ser religiosa o pariente del sujeto activo, y, además, éstas últimas debían ser viudas o vírgenes¹⁷⁸. Se excluyen, expresamente, a aquellas mujeres que no fuesen religiosas, vírgenes, o “de buena fama”, describiéndolas como mujeres “viles”¹⁷⁹. De lo cual debemos entender que, aun habiendo conseguido el sujeto activo el yacimiento mediante engaños o halagos, la conducta sería conforme a derecho.

c) Aspecto subjetivo del ilícito

Al igual que en el análisis realizado en épocas anteriores, y como consecuencia del carácter exclusivamente doloso de los delitos sexuales, el aspecto subjetivo de los delitos de abuso y agresión sexual recogidos en las partidas no reviste de especial complicación, pues únicamente admite su comisión mediante un acto voluntario e intencional.

¹⁷⁷ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 661 y 662.

¹⁷⁸ Así se desprende de la redacción de la Ley I del Título XIX, en cuanto dice “*onde pues que en el titulo ante dete fablamos de los que yacen con sus parientas ó con sus cuñadas, queremos aquí decir de los que facen pecado de luxuria con tales mugeres como estas*”, y de la Ley II del Título XIX: “*yerran los homes que se trabajan de corromper las mugeres religiosas (...) otrosi decimos que facen muy grant maldat aquellos que sosacan por falago ó de otra manera, las mugeres vírgines o las vibdas que son de buena fama et viven honestamente, et mayormente quando son huéspedes en las casas de sus padres oó dellas, ó los que facen esto usando en casa de sus amigos*”.¹⁷⁸ “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., pp. 660 y 661.

¹⁷⁹ “*Mas si la mujer que algunt home corrompiese, non fuese religiosa, nin virgen nin vibda de buena fama, mas fuese alguna otra mujer vil, entonces decimos que nol deben dar pena por ende*”. “Las siete partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”, op. cit., p. 662.

d) Consumación de los delitos

Las Partidas y, en concreto la Partida Séptima en donde se recogen los delitos en general, solo admiten la consumación plena del delito, dejando sin regulación expresa lo relativo a los actos preparatorios y las formas imperfectas de ejecución. En este sentido, los delitos sexuales vistos anteriormente, entre los que se encuentran los delitos de seducción y agresión sexual, se exige para su consumación la simple realización de las conductas típicas descritas¹⁸⁰.

e) Autoría y participación

Al igual que en la consumación del delito y las formas imperfectas de comisión del delito, los diferentes grados de participación en el mismo tampoco tuvieron una mención expresa legislativa. Si bien, sí que se reflejaron diferentes términos que podemos, para intentar esclarecerlos, equiparar con las figuras actuales de autoría y participación.

Como se ha ido viendo con las transcripciones literales efectuadas supra, al sujeto activo del delito se le denomina *facedor*. Pues bien, el *facedor* podría ser equiparado con el autor material, pues es al que la ley le atribuye el hecho directamente y, por tanto, el que “realiza el hecho por sí mismo”¹⁸¹.

¹⁸⁰ En este sentido, para NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., el mero contacto íntimo, sin que él mismo tuviera que revestir una determinada naturaleza, era suficiente para consumir el delito. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 118.

¹⁸¹ En el sentido del artículo 28 CP.

Además de a este sujeto, la ley hace referencia al *ayudador*. En este sentido Núñez Fernández, al cual suscribo íntegramente respecto a la tesis que da sobre el *ayudador*, teoriza sobre si debiera ser considerado cómplice o cooperador necesario. Decantándose por esta última categoría, al considerar que su equiparación con la figura actual de la misma es más adecuada, ya que las penas a imponer son las mismas que las del *facedor* o autor material¹⁸².

f) El Bien jurídico protegido

La libertad sexual no era el bien jurídico que se pretendía tutelar mediante la introducción de determinados delitos sexuales en la Partida Séptima. No solo no se protegía, sino que ni siquiera se planteaba como opción válida¹⁸³ y, en muchos casos, véase el adulterio, su ejercicio llevaba aparejado un castigo.

En este sentido, se puede decir que la situación jurídica era una consecuencia de la moral cristiana impuesta durante todas las etapas de la edad media. En consecuencia, la castidad era un bien que la mujer debía preservar, considerándose lo contrario como pecado¹⁸⁴. Nos puede llevar a afirmar que el objeto de protección eran los valores espirituales cristianos, junto con la honestidad, la castidad y la fama que mediante la imposición del yacimiento violento o mediante engaños la mujer perdida, afectándole no solo a ella sino a aquellos sujetos varones sobre los que ésta dependía¹⁸⁵.

¹⁸² Vid. NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 119.

¹⁸³ Al respecto, véanse los marcados contenidos religiosos que se han ido exponiendo a lo largo de los apartados anteriores.

¹⁸⁴ “Dicho orden axiológico celebraba la castidad y condenaba las relaciones sexuales que no estuvieran orientadas a la procreación dentro del matrimonio” Vid. NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 124 y 125.

¹⁸⁵ Vid. *Ibidem*, pp. 120-128.

2.4. Los delitos de agresión y abuso sexual en la Edad Moderna

2.4.1. Consideraciones preliminares: La formación del Estado Moderno

La sucesión de importantes acontecimientos políticos e históricos, como fue la unión de las coronas de Castilla y Aragón mediante el matrimonio de los Reyes Católicos y la posterior incorporación de Navarra, el descubrimiento de América y el fin de la reconquista, hicieron que se dejara atrás la edad media para dar comienzo a la edad moderna, que abarca desde finales del siglo XV hasta principios del XIX.

Con la expansión del reino castellano, se hizo necesaria una estructura política fuerte cuya base principal fuera la concentración de poderes en la figura del Monarca. La consolidación del imperio español se produjo con la ascensión al trono de Carlos I, provocando la creación de una nueva organización política absolutista que se vio reflejada como el Estado Moderno. Esta sucesión de cambios políticos no tuvo la misma contraprestación en el ámbito jurídico, pues la aplicación del derecho real castellano de forma uniforme a la totalidad de los territorios españoles no tuvo lugar hasta el siglo XVIII¹⁸⁶.

En lo que a la esfera del derecho penal se refiere, el fortalecimiento del poder político instauró un sistema público de persecución y castigo del delito. La monarquía

¹⁸⁶ GACTO FERNANDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; GARCÍA MARÍN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Edición de los autores, Madrid, 1994, p. 367

utilizó la ley penal tanto como para imponer su autoridad, como para proteger el orden social establecido¹⁸⁷.

El empeño Real de controlar el ámbito punitivo tuvo, en lo que a su vertiente práctica se refiere, ciertas dificultades y, en lo que a los delitos sexuales se refiere, se mantuvo en la práctica el sistema de venganza privada¹⁸⁸.

2.4.2. Normas reguladoras: Las Partidas y la Novísima Recopilación

Con el orden de prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá de 1348, confirmado posteriormente por las Leyes de Toro de 1505, se mantuvieron en vigor Las Partidas hasta el siglo XIX y, en consecuencia, durante toda la Edad Moderna.

Se puede hablar, por tanto, de una continuidad legislativa respecto del periodo anterior. Los delitos sexuales no fueron ajenos a la unidad y continuidad de las leyes vigentes, por lo que en lo que respecta a la delimitación típica de los delitos de abuso y agresión sexual durante la edad moderna, nos referimos a lo dicho en el apartado anterior.

Ya a finales del siglo XVIII se aprobó la *Novísima Recopilación* que, aunque si introdujo cambios en el orden punitivo, éstos no alteraron de manera significativa la regulación de *Las Partidas* acerca de los delitos sexuales¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Vid. TOMAS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, passim.

¹⁸⁸ NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 132.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 131-139.

3. Aproximación histórica y evolución legislativa de los delitos de agresión y abuso sexual a raíz de la codificación penal española

3.1. La codificación penal española

La codificación, entendida como el conjunto de disposiciones ordenadas y sistemáticas referentes a un único sector del ordenamiento jurídico, es un fenómeno que tuvo lugar en Europa tras las revoluciones contemporáneas¹⁹⁰, convirtiéndose en la principal forma de creación y formalización del derecho¹⁹¹.

El concepto moderno de codificación surgió con el triunfo de la ilustración, en el último tercio del siglo XVIII¹⁹², finalizando en el Siglo XIX¹⁹³. La formalización de los Estados liberales y la consecuente desaparición de los Estados absolutistas, significó la modificación de las estructuras jurídicas. El racionalismo, junto con este cambio de paradigma, propició la creación de normas clasificadas por materias y agrupadas en códigos, mediante una ordenación sistemática y completa. Así, se instauró la diferenciación definitiva entre las distintas disciplinas jurídicas, tal y como en concreto las conocemos en la actualidad.

¹⁹⁰ “Las revoluciones de América del Norte (1776) y Francia (1789) dieron lugar a la aparición de un nuevo marco político, el liberal o constitucional, que propició una transformación jurídica, una renovación del Derecho que, según el parecer de algunos estudiosos, supuso una ruptura con el existente hasta entonces”. MASFERRER, A., “La codificación del Derecho penal en España, Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador”, en ALVARADO PLANAS, J., (coord.) y MARTORELL LINARES, M., *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, 2017, p. 59.

¹⁹¹ CHAMOCHO CANTUDO, M.A., *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, Aniceto Masferrer (ed.), The Global Law Collection, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 1077.

¹⁹² CASABO RUIZ, J.R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, 1969, p. 313.

¹⁹³ MASFERRER, A., “La codificación del Derecho penal en España, Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador”, op, cit, p. 59.

Con la base ideológica del racionalismo jurídico-liberal¹⁹⁴, y entendiendo la codificación como una ruptura frontal con los principios jurídicos del Antiguo Régimen y con el *ius commune*, se pretendía la ordenación jurídica accesible, sistematizada y basada en unos principios filosóficos y jurídicos completamente nuevos¹⁹⁵ que reformularon el *ius puniendi* estatal, limitándolo formal y materialmente mediante los principios de legalidad, igualdad, humanidad o proporcionalidad de las penas, entre otros¹⁹⁶.

En lo que respecta a España, los principales antecedentes del posterior proceso codificador en materia penal, los tenemos en varias disposiciones del reinado de Carlos III¹⁹⁷ y en la recopilación de las leyes penales llevadas a cabo por Manuel Lardizábal que, posteriormente, fueron puestos a disposición de los redactores del Código Penal de 1822¹⁹⁸. Asimismo, varios autores defienden el intento de promulgación de un Código Criminal en 1787, sin éxito¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Vid., Bentham, Filangerieri, Bexon, Beccaria, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot, Marat, Brissot de Warville o Lardizabal. Sobre las fuentes vid., ANTON ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, pp. 270 y 271.

¹⁹⁵ Sobre el contenido político-penal y científico-penal de los Códigos, vid, MASFERRER, A., “La codificación del Derecho penal en España, Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador”, op, cit, pp. 66-83.

¹⁹⁶ CHAMOCHO CANTUDO, M.A., *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, op. cit., p. 1079.

¹⁹⁷ “En el terreno de las realizaciones legislativas podrían apuntarse varias disposiciones del reinado de Carlos III. Ninguna tan expresiva como la Orden del ministro don Manuel de la Roda dirigida en 1776 al Consejo de Catilla solicitando información sobre algunos temas penales que preocupaban por aquel tiempo en todo el mundo ilustrado”. Vid. ANTON ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., p. 264.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 264 y 265.

¹⁹⁹ Vid. CASABO RUIZ, J.R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, op. cit. pp. 315- 342; DEL ROSAL, J., “Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVIII”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pp. 614 y ss.; SEMPERE Y GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Imprenta Real, Madrid, 1785-89, *passim*.

La codificación española propiamente dicha, que tuvo una especial incidencia en materia penal y penitenciaria²⁰⁰, hunde sus raíces, precisamente, en el momento en que se entiende que la dispersión legislativa que hasta ese momento imperaba en el plano normativo era contraproducente²⁰¹ y se formalizó con la promulgación del primer Código Penal, el de 1822²⁰². Desde ese código hasta el actual, el de 1995 –con sus respectivas reformas, sobresaliendo la de 2015–, se han sucedido otros ocho códigos penales.

Dado que, desde 1822 hasta 1989 los delitos objeto de estudio se mantuvieron prácticamente invariables, la sistematización que vamos a seguir va a ser la siguiente: analizaremos el articulado de cada uno de los Códigos hasta 1989, con una breve descripción histórica, procediendo a un análisis jurídico conjunto posterior de la etapa comprendida entre 1822 y 1944, respecto a su tipicidad objetiva, y estudiando por separado tanto el Código Penal de 1989, como los antecedentes legislativos más recientes, a partir de 1995, que estarán comprendidos en el apartado destinado al Derecho vigente.

²⁰⁰ GARCÍA VALDÉS, C., “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, op. cit., p. 38.

²⁰¹ Ibidem, p. 38

²⁰² PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1881, *passim*.

3.2. Los delitos de agresión y abuso sexual en la etapa comprendida desde el Código Penal de 1822 al de 1989.

3.2.1. El Código Penal de 1822

Aunque el Código Penal de 1822 introdujo como novedad jurídica la división entre parte general y parte especial, algo que se afianzaría en 1848 y que heredarían los Códigos posteriores, la concepción de las categorías delictuales seguía arrastrando parte de la idea que de los ilícitos se tenía en etapas anteriores, no siendo hasta 1848 cuando se produce un cambio verdadero cambio en la materia²⁰³.

Con ello no quiero negar o desmerecer la novedad del mismo, en cuanto a primer Código criminal autónomo con leyes únicamente penales, ni tampoco relegarlo a una simple compilación de leyes anteriores o heredadas. Pero tampoco podemos olvidar que muchos de sus preceptos estaban influidos por las normas precedentes²⁰⁴, como tendremos ocasión de comprobar seguidamente. A eso se suma su escasa vigencia y la polémica en torno a su aplicación práctica²⁰⁵.

²⁰³ “En este sentido, conviene recordar que la Codificación, si bien puso punto final a la vigencia legal del *ius commune*, recogió buena parte de ese legado en sus preceptos (...) la Codificación penal no sólo propició la incorporación de nuevos elementos producto de los nuevos tiempos y circunstancias, sino también la consolidación de buena parte de la tradición, y en particular, del legado de la ciencia jurídico-penal del *ius commune*” vid., MASFERRER, A., “La codificación del Derecho penal en España, Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador”, op. cit., p. 64.

²⁰⁴ Vid. ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., p. 270.; Sobre la influencia del Fuero Juzgo y Las Partidas, vid. PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, op.cit. p. 54.

²⁰⁵ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, en CPC, Madrid, 1988, *passim*; DE BENITO FRAILE, E., “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, en Foro, Nueva época, 2008, *passim*.; CASABO RUIZ, J. R., “La aplicación del Código penal de 1822”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, *passim*.; LOPEZ REY, O., “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia, y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2018, *passim*.

Recapitulando, las normas que hemos venido estudiando hasta ahora, definían la agresión sexual como el coito vaginal no consentido que un sujeto activo, exclusivamente hombre, llevaba a cabo sobre un sujeto pasivo, exclusivamente mujer, bien con fuerza (*vis física*), bien con intimidación (*vis morale*).

En otras palabras, hasta la aprobación de este código penal, la agresión sexual se había concebido como un crimen necesariamente violento y la existencia de fuerza o intimidación se imponían como elementos esenciales del delito y, en virtud de éstas, se determinaba la ausencia de consentimiento de la víctima²⁰⁶. A sensu contrario, si no concurría en la acción *vis física* o *vis morale*, se presuponía que había mediado el consentimiento de la víctima. Esto evoluciono parcialmente con la codificación al introducirse otro tipo de conductas típicas, que se afianzaron en 1848, y en las que, para entender la existencia de agresión sexual, no hacía falta que concurriese fuerza física o moral.

Pues bien, en el Código Penal de 1822, la ubicación sistemática de los delitos equiparables se encuentra recogida en la Parte Segunda, “*De los delitos contra las personas*”, Capítulo IV, “*De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*”, y, en el Capítulo V, “*Del adulterio y del estupro alevoso*”. Tenemos, así, por un lado, los abusos deshonestos conseguidos mediante violencia o intimidación y, por otro, los abusos deshonestos conseguidos mediante engaño.

²⁰⁶ NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit. p. 150.

En primer lugar, siguiendo el orden establecido en el propio Código, respecto a los abusos deshonestos conseguidos mediante violencia o intimidación, el artículo 666 nos dice lo siguiente:

*“Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada en cualquiera de los casos de los dos artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá ocho años mas de obras públicas y destierro perpetuo del pueblo en que habite dicha persona y veinte leguas en contorno. Si además de robarla la maltratare de obra, o cometiere contra ella otro delito, sufrirá también la pena respectiva al delito que cometa”*²⁰⁷. Podemos observar cómo se entremezcla el delito de rapto –“*si el reo abusare deshonestamente de la persona robada*”–, pues están ubicados sistemáticamente en el mismo Capítulo, con los abusos deshonestos, así como con el maltrato de obra, agravando la conducta típica.

Respecto a qué se entiende por raptor, debemos acudir al artículo 664, en donde se recoge que será raptor:

*“El que para abusar de otra persona, o para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte á otra, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima, o suponiendo una orden de esta”*²⁰⁸. Y, es aquí, en donde se nos describe la forma de vencer el consentimiento de la víctima, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola.

Por su parte, la conducta autónoma de abusos deshonestos se encontraba regulada en el artículo 668 de la siguiente forma:

*“El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona, y forzándola con igual violencia o amenazas, o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor, y ocho años mas de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso”*²⁰⁹.

²⁰⁷ Artículo 666 del Código Penal de 1822

²⁰⁸ Artículo 664 del Código Penal de 1822

²⁰⁹ Artículo 668 del Código Penal de 1822.

De este modo, se recoge en el mismo precepto tanto la tentativa como el delito consumado. Y respecto a los sujetos pasivos, se diferencia entre si la mujer estuviese casada²¹⁰ o si fuese “mujer pública, conocida como tal”²¹¹, reduciendo en este caso la pena a la mitad.

En lo que al Capítulo V “*Del adulterio y del estupro alevoso*” se refiere, se regulan dos tipos diferenciados de abusos deshonestos conseguidos mediante engaño. En primer lugar, se hace referencia al que abusase deshonestamente de mujer casada, haciéndole creer por medio de engaño o ficción bastante para ello, que es su marido²¹² y, por otro lado, el que realizara la conducta típica privándola previamente del uso de su razón “*con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella esté sin sentido por un accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia*”²¹³. Para este último, se especificaba que, si la mujer no estuviese casada la pena será menor y, se excluía como sujeto pasivo a la “mujer pública” —específicamente se dice que “*el que cometa este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea mujer pública, conocida como tal*”²¹⁴—.

En segundo término, se regulan los abusos deshonestos conseguidos mediante engaño cuando el medio para llevarlo a cabo sea o bien un matrimonio fingido y celebrado con apariencia de verdadero —rebajando, igualmente, la pena si fuese “*mujer pública*”—

²¹⁰ Artículo 669 del Código Penal de 1822.

²¹¹ Artículo 670 del Código Penal de 1822.

²¹² Artículo 686 del Código Penal de 1822.

²¹³ Artículo 687 del Código Penal de 1822.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵, o bien un matrimonio cuando el sujeto activo ya esté casado o sea “*de orden sacro o regular profeso*” –siendo castigado, además, con la pena para el delito de bigamia–²¹⁶.

Con lo visto y, sobre todo, cuando comparemos esta redacción con la del Código de 1848 y los sucesivos, podemos afirmar que, aun habiendo variado la delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, y habiéndose ampliado los supuestos contemplados por la norma, todavía quedaba en esta época un amplio margen por regular, pues se recogían bajo la nomenclatura de abusos deshonestos la totalidad de las conductas típicas referidas al yacimiento. Y, además, no se recogían las manifestaciones de la conducta típica.

En ese sentido, debemos decir que no resultaba clara la equiparación de los abusos deshonestos, en la concepción que de ellos se tuvo a partir de 1848, y las conductas contenidas en este Código. Aunque ciertos autores establecieron concordancias entre los artículos 688 y 689 del Código Penal de 1822 y los artículos destinados a la regulación de los mismos en el Código Penal de 1848²¹⁷, parece más acertado pensar que el término genérico “*abusar deshonestamente*” se usó como sustitutivo de expresiones que hubieran sido más acertadas y que posteriormente se utilizaron, como “yacimiento”, “relación sexual” o “acceso carnal”²¹⁸.

²¹⁵ Artículo 688 del Código Penal de 1822.

²¹⁶ Artículo 689 del Código Penal de 1822.

²¹⁷ PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, op. cit., pp. 128 y 129; GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1970, concordado y comentado*, Tomo V, Salamanca, 1893, p. 103.

²¹⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981, p. 3.

3.2.2. *El Código Penal de 1848 y la reforma de 1850*

Como consecuencia de la restauración del poder monárquico, la vigencia del Código Penal de 1822 fue escasa²¹⁹, lo que supuso, por la derogación del mismo, y hasta la aprobación del Código Penal de 1848, la vuelta a la aplicación práctica de las fuentes del derecho del Antiguo Régimen –*Las Partidas*, la *Novísima Recopilación* y el orden de prelación de fuentes del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348²²⁰–.

Con la promulgación de este Código²²¹, y la reforma que sufrió dos años más tarde en 1850, se acuñó por primera vez el término violación y se diferenció de los abusos deshonestos mediante la creación de dos tipos penales diferenciados y autónomos. Por ende, el Código de 1848 es el primer texto punitivo español que regula el delito de abusos deshonestos como figura con entidad jurídica propia²²².

La ubicación sistemática de los delitos de agresión y abuso sexual, bajo la denominación, ahora sí, de violación y abusos deshonestos, se encuentra en el Libro Segundo, “*Delitos y sus penas*”, Título X, “*Delitos contra la Honestidad*”, Capítulo II, “*Violación*”. El artículo 354 respecto al delito de violación disponía que:

*“La violación de una muger será castigada con la pena de cadena temporal.
Se comete violación yaciendo con la muger en cualquiera de los casos siguientes:
1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.*

²¹⁹ “Tras la segunda época de vigencia de la Constitución de Cádiz, a la que puso fin Fernando VII con el apoyo político de la Triple Alianza y el auxilio militar de los Cien Mil Hijos de San Luis, se abrió en España una nueva etapa política, con la instauración de nuevo del régimen absolutista”, vid. BARÓ PAZOS, J., “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, p. 105.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 105-138.

²²¹ Vid., ANTÓN ONECA, J., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, pp. 473-496.

²²² CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 4.

*2° Cuando la muger se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa.
3° Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.”*²²³

Esta formulación del delito de violación se va a mantener prácticamente invariable hasta 1995, a excepción de las reformas operadas a raíz del periodo constitucional. De este modo, será violación cuando se produzca un yacimiento entre hombre y mujer, conseguido mediante fuerza o intimidación –en el sentido que hemos venido describiendo hasta ahora–, y equiparando esta forma de comisión a cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido –lo que actualmente constituiría un delito de abuso sexual–, o cuando sea menor de 12 años.

Por su parte, el artículo 355 regula los abusos deshonestos denominados “violentos”, recogiendo que

*“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión menor a la correccional”*²²⁴.

Es decir, las formas comisivas, al hacer mención expresa, eran las mismas que las contempladas en la violación, siendo la principal diferencia la práctica sexual distinta del coito vaginal²²⁵. Además, se amplió el sexo de los sujetos pasivos habilitando, por primera vez, al hombre como víctima del delito de abuso deshonesto. Y, al igual que sucedió con la figura jurídica de la violación, la configuración de los abusos deshonestos

²²³ Artículo 354 del Código Penal de 1848.

²²⁴ Artículo 355 del Código Penal de 1848.

²²⁵ Como veremos en el apartado dedicado a la conducta típica, los problemas principales respecto a ésta estaban en delimitar e interpretar la expresión “abusar deshonestamente”.

se mantuvo invariable hasta el cambio empleado en 1995, a excepción del Código Penal de 1928, que tendremos la oportunidad de analizar más adelante.

En consecuencia, la violencia o intimidación no eran los criterios diferenciadores entre los delitos de agresión y abusos deshonestos, como sucede en la actualidad, pues podía darse en ambos. Como se ha expuesto, la clave de los delitos de violación y abusos deshonestos estaba en la ausencia de consentimiento de la víctima, y ésta no solo se derivaba de la presencia de violencia o intimidación²²⁶.

Por su parte, el Capítulo III, “*Del estupro y corrupción de menores*”, recogía el delito de abusos deshonestos en su modalidad “no violenta”, también denominados, como hemos visto, abusos deshonestos “fraudulentos” o “equiparados al estupro”. Se decía en el último párrafo del artículo 356 que “*cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en las mismas circunstancias, será castigado con la prisión correccional*”²²⁷, haciendo referencia a las mismas personas y circunstancias mencionadas en los párrafos anteriores del artículo en cuestión. Esto eran, “doncellas” mayores de 12 años y menores de 23²²⁸ o hermana o descendiente mayores de 23 años²²⁹.

Asimismo, y siguiendo con el análisis que estamos efectuando, el Código penal de 1850 respecto a los delitos de violación y abusos deshonestos, sólo introdujo la

²²⁶ NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit. p. 151.

²²⁷ Párrafo cuarto del artículo 356 del Código Penal de 1848.

²²⁸ “*El estupro de una doncella mayor de 12 años, y menor de 23, cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro, o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor*”. Vid., párrafo primero del artículo 356 del Código Penal de 1848.

²²⁹ “*En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años*”. Vid., párrafo segundo del artículo 356 del Código Penal de 1848.

modificación de la numeración de los artículos, que pasaron a ser respectivamente el 363 y el 364, y la inclusión del delito de escándalo público del artículo 365, por el que se castigaba a

*“Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código. En caso de reincidencia, con la prisión correccional a prisión menor y reprensión pública”*²³⁰.

Por lo demás, y en lo relativo a nuestro objeto de estudio, no alteró la normativa ni la concepción que de los delitos en cuestión contenía el Código de 1848.

3.2.3. El Código Penal de 1870

Con la Constitución de 1869, surgió la necesidad de reformar el Código vigente e introducir ciertas preocupaciones que fueron surgiendo en la época, tales como la protección penal de dicha Constitución o la humanización del Código conforme al ideario ilustrado²³¹. Nació, de este modo, el Código Penal de 1870, conocido como el “Código de verano” que, aunque fue derogado por el posterior de 1928, tuvo una segunda vigencia cuando, al caer la Dictadura de Miguel Primo de Rivera e instaurándose la Segunda República, se “anulo” el de 1928²³², volviendo a entrar en vigor el de 1870²³³.

²³⁰ Artículo 365 del Código Penal de 1850.

²³¹ “Recordando estos datos históricos, vamos a ocuparnos en señalar los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870 (...) A) Proteger penalmente la Constitución de 1869 (...) B) Humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración C) Corregir algunos preceptos que aparecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes” Vid, ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970, p. 237; NÚÑEZ BARBERO, R., “La Reforma penal de 1870. Universidad de Salamanca”, en Anuario de Historia del Derecho español, 1970, pp. 767-770.

²³² Decreto de 14 de abril de 1931, *Gaceta de Madrid* de 15 de abril de 1931.

²³³ “Con esta anulación, que no con su simple derogación, entraba en vigor de forma automática el Código penal de 1870”, COBO DEL ROSAL, G., “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del

Nuestra materia penal se ubicaba sistemáticamente en el Libro Segundo, “*Delitos y sus penas*”, Título IX, “*Delitos contra la honestidad*”, Capítulo II, “*Violación y abusos deshonestos*”. Concretamente, en los artículos 453 y 454. El contenido típico de los mismos se mantuvo invariable, a excepción de las penas impuestas, pues se cambió de cadena temporal a reclusión temporal para el delito de violación²³⁴, y de prisión menor a la correccional a pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo para los abusos deshonestos²³⁵. Lo mismo cabe decir de los abusos deshonestos equiparados al estupro, cuya regulación, contenida en el artículo 458 – Capítulo IV, “*Estupro y corrupción de menores*”, del mismo Título y Libro—, no fue modificada.

3.2.4. El Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928 debe entenderse en el concreto marco histórico en el que se promulgó, la Dictadura de Primo de Rivera y los regímenes autoritarios europeos surgidos tras la Primera Guerra Mundial²³⁶. Aunque a rasgos generales, las conductas típicas se mantuvieron casi invariables, se produjeron ciertos cambios que merece la pena analizar y que pueden ser interpretados como una breve interrupción en la línea de

Código penal de 1928: Tres Códigos penales entre 1931-1932”, en Revista de las Cortes Generales, 2010, p. 199.

²³⁴ “*La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión temporal*”. Vid., artículo 453 del Código Penal de 1870.

²³⁵ Artículo 454 del Código Penal de 1870.

²³⁶ “*En efecto, desde el punto de vista de la historia jurídica, el régimen del General Primo de Rivera no puede entenderse fuera del contexto de la historia constitucional europea de la época (...) en España no fueron las secuelas de la Primera Guerra Mundial sino el desastre de Annual lo que precipitó la concienciación de la inoperatividad del régimen de la restauración*”, COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, en Anuario de Historia del Derecho español, 2012, pp. 562 y 563; vid., ANTÓN ONECA, J., “Los antecedentes del nuevo Código penal”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929, pp. 20-61 y ANTÓN ONECA, J., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en Anuario de Derecho Penal, 1972, pp. 249-287.

tradición y continuidad en la regulación que de los delitos de violación y abusos deshonestos se vino realizando desde 1848 hasta 1944²³⁷.

En primer lugar, respecto a su ubicación sistemática, debemos acudir al Libro Segundo, “*Delitos y sus penas*”, Título X, “*Delitos contra la honestidad*”, Capítulo Primero, “*Violación y abusos deshonestos*”. El artículo 598 es el encargado de regular el delito de violación:

“La violación de una mujer mayor de diez y ocho años será castigada con la pena de tres a doce años de prisión.

Se comete violación yaciendo con mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1° Cuando se usare de fuerza o intimidación bastantes para conseguir el propósito del culpable.

2° Cuando la mujer por cualquier causa se hallare privada de razón o de sentido, o estuviere incapacitada para resistir”²³⁸.

Como ya se ha dicho, la conducta típica del delito de violación se mantuvo prácticamente idéntica, en cuanto que seguía consistiendo en el yacimiento entendido como coito vaginal, conseguido bien con violencia o intimidación, bien cuando la mujer se encontrase privada de razón o de sentido. Aunque sí se introdujeron matizaciones cómo que la intimidación fuese “*bastante para conseguir el propósito*”, o que la mujer no sólo pudiera estar privada de razón o sentido, sino también “*incapacitada para resistir*” aun cuando sus capacidades mentales estuvieran en perfecto estado. Esta última matización, que desapareció de las legislaciones posteriores, y a la luz de la problemática doctrinal generada al respecto, hubiera sido conveniente mantenerla.

²³⁷ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 4.

²³⁸ Artículo 598 del Código Penal de 1928.

La mayor novedad estaba en la supresión de la violación de mujer menor de 12 años como parte del tipo descrito –y, por tanto, también respecto de los abusos deshonestos–, pasando a estar regulada de forma independiente en el artículo 772, perteneciente al Título XV, Libro II, Capítulo IV, “*Delitos contra la honestidad y moralidad de los menores*”²³⁹. Asimismo, la pena pasó de ser de reclusión temporal a prisión de tres a doce años.

Por su parte, el artículo 599 contenía un tipo cualificado cuando “*el delito castigado en el artículo anterior sea cometido en el concurso simultáneo de dos o más personas*”²⁴⁰, imponiendo a los autores de dicha conducta la pena de prisión de ocho a veinte años; y el artículo 600 un tipo privilegiado en el caso de que “*la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución*”²⁴¹ –condición del sujeto pasivo que había sido suprimida– rebajándose la pena prisión de uno a tres años.

Los abusos deshonestos se encontraban recogidos en el artículo 601, quedando definidos de la siguiente manera:

*“El que sin animo de acceso carnal abusare deshonestamente de una mujer, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 598, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando el abuso deshonesto, concurriendo cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo 598, tuviere lugar con persona del mismo sexo que el culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión”*²⁴².

²³⁹ “*El que yaciere con mujer menor de doce años será castigado con la pena de seis a dieciocho años de prisión. El que cometiere abusos deshonestos con mujer de dicha edad incurrirá en la pena de tres a seis años de prisión*”. Vid., artículo 772 del Código Penal de 1928.

²⁴⁰ Artículo 599 del Código Penal de 1928.

²⁴¹ Artículo 600 del Código Penal de 1928.

²⁴² Artículo 601 del Código Penal de 1928.

Como novedad, se define por primera vez los abusos deshonestos²⁴³ –en cuanto que se dice expresamente “*el que sin animo de acceso carnal...*”– y se vertebra en dos tipos: un tipo base, para aquellos abusos deshonestos en los que el sujeto pasivo sea una mujer, imponiéndose una pena de prisión de 6 meses a 3 años; y un tipo cualificado que se aplicaba si el sujeto pasivo era del mismo sexo que el activo, siendo la pena de prisión de 2 a 12 años.

Por último, el artículo 602 recogía un tipo cualificado de nueva creación aplicable a cualquiera de los preceptos que acabamos de exponer, consistente en actuar mediante abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, o con grave daño de la salud de la víctima²⁴⁴. En dichos casos, se aplicaba la pena correspondiente en su grado máximo.

Por su parte, los abusos deshonestos fraudulentos se recogen junto al delito de incesto en los artículos 603 a 607, Capítulo II, “*Incesto y estupro*”. El artículo 603 castigaba las “relaciones impúdicas” –sustituyendo la expresión de abusos deshonestos– mantenidas entre los sujetos tenidos en cuenta para configurar el delito de incesto: Ascendientes con descendientes, parientes en línea recta y hermanos²⁴⁵. Debemos entender por el contexto general del precepto que con “relaciones impúdicas” está haciendo referencia a una forma de manifestación concreta del delito de abusos deshonestos²⁴⁶

²⁴³ A favor de la definición, quien la considera un acierto al incorporar un elemento o concepto negativo de exclusión que, hasta ese momento, debía interpretarlo la jurisprudencia, JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Volumen II, Salamanca, 1929, p. 256.

²⁴⁴ Artículo 602 del Código Penal de 1928.

²⁴⁵ Artículo 603 del Código Penal de 1928.

²⁴⁶ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 10.

Sin embargo, el artículo 604 sancionaba de forma expresa los abusos deshonestos –o yacimiento– llevados a cabo por los tutores respecto de sus pupilos, los padres adoptivos respecto de sus hijos y los directores de “Centros de institución”, eclesiásticos o “demás personas encargadas de la educación o enseñanza con sus alumnos o “educandos”, sin especificar las edades entre las que se debían encontrar los sujetos pasivos²⁴⁷. De la misma forma, el artículo 605 regulaba los abusos deshonestos –o yacimiento– llevados a cabo contra mujer “honesta” mayor de dieciocho años y menor de veintitrés si mediase entre ambos promesa de matrimonio²⁴⁸.

El artículo 606 hacía referencia a los abusos deshonestos ejecutados – o yacimiento– en aquellos supuestos que originaban prevalimiento o superioridad en el sujeto activo por ostentar alguna de las cualidades específicas que señalaba la ley y que no estuvieran contemplados en el artículo 604–Autoridad pública, sacerdote, criado, domestico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda– siempre y cuando la mujer fuese honesta y su edad estuviese comprendida entre los dieciocho y los veintitrés²⁴⁹.

Como principal novedad legislativa, se creó un tipo de estupro “patronal o laboral” en aquellos casos en los que se yaciera con mujer honesta mayor de dieciocho y menor de veintitrés “abusando, por coacción o engaño, del ascendiente económico que posea sobre ella, por su calidad de jefe, patrono u otra análoga”²⁵⁰. Como puede observarse, no se hacía remisión en este precepto a que pudiese darse un abuso deshonesto en las

²⁴⁷ Artículo 604 del Código Penal de 1928.

²⁴⁸ Artículo 605 del Código Penal de 1928.

²⁴⁹ Artículo 606 del Código Penal de 1928.

²⁵⁰ Artículo 607 del Código Penal de 1928.

mismas circunstancias debiendo entender, entonces, que quedaban impunes aquellos comportamientos impúdicos que fuesen distintos al yacimiento y que se realizasen al amparo de dicha situación de prevalimiento²⁵¹.

3.2.5. *El Código Penal de 1932*

El legislador republicano pronto consideró imprescindible una reforma en materia penal ya que, tras la anulación del Código Penal de 1928 y la puesta en vigor del de 1870, los penalistas españoles instaron a éste para que procediese a reformarlo con idearios más modernos y acordes a la época²⁵². Por ello, y con vistas de provisionalidad, se realizó una reforma del Código vigente, pensando en promulgar su propio Código más adelante²⁵³, algo que nunca pudo llegar a realizarse.

En el Libro Segundo, “*Delitos y sus penas*”, Título X, “*Delitos contra la honestidad*”, Capítulo Primero, “*Violación y abusos deshonestos*”, mediante la reforma llevada a cabo, se reestablece la concepción de violación y abusos deshonestos que hemos estado viendo desde el Código de 1848. Así, el artículo 431 nos dice que:

²⁵¹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 12.

²⁵² “Tras la anulación del Código de 1928 y la republicanización del Código de 1870, ni la Circular del Tribunal Supremo de 22 de abril que indicó a jueces y tribunales la necesidad de que tomaran en cuenta el cambio político, ni los retoques hechos en él por el precipitado Decreto de 2 de mayo de 1931, habían satisfecho a los penalistas españoles con la vigencia de un Código penal que prácticamente databa de 1848 y que aún contenía normas de una extraordinaria dureza (...) Así lo comentaba el propio Presidente de la Subcomisión, Jiménez de Asúa en su extenso discurso a las Cortes celebradas el 6 de septiembre de 1932”, COBO DEL ROSAL, G., “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código penal de 1928: Tres Códigos penales entre 1931-1932”, op. cit., p. 208.

²⁵³ Así se desprende de la propia Exposición de Motivos del Código Penal de 1932: “Redactar un nuevo Código penal de la República española es faena que requiere largo tiempo definitivo de estudios preparatorios, de composición del texto definitivo y de busca y consulta de pareceres de peritos de las Universidades, de los Tribunales, de los Colegios de Abogados, de las Asociaciones obreras y de las Academias y Sociedades de cultura. Todo este proceso no podía cumplirse en medio año; por eso se decidió reformar el Código de 1870, para que pueda aguardar a la legislación innovadora”.

*“La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:
1º Cuando se usare de fuerza o intimidación.
2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurrieren ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”*²⁵⁴.

Y los abusos deshonestos quedaron descritos de la siguiente manera:

*“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo”*²⁵⁵.

Es decir, los abusos deshonestos vuelven a estar regulados junto con la violación, compartiendo características y medios comisivos, a excepción de la conducta típica, los sujetos intervinientes o las penas a imponer. Además, se volvió a introducirse el criterio delimitador “según la gravedad del hecho”. Asimismo, se incorporó nuevamente como medio comisivo la violación o abuso de la mujer menor de doce años cumplidos, que, como hemos visto, había sido trasladado sistemáticamente por el Código de 1928.

Los abusos deshonestos “no violentos” o “fraudulentos” estaban regulados en el artículo 439 párrafo segundo, ubicado en el Capítulo III, “*Estupro y corrupción de menores*”. Al igual que sucedió en la violación, se volvió a la misma concepción existente antes de 1928. Esto es los abusos deshonestos cometidos en las mismas circunstancias que las recogidas para el delito de estupro, por lo que, o bien debía intervenir engaño “grave”, o era cometido contra “doncella” –sustituyendo a la “mujer honesta”– por “*Autoridad pública, Sacerdote, criado, domestico, tutor Maestro o encargado por*

²⁵⁴ Artículo 431 del Código Penal de 1932.

²⁵⁵ Artículo 432 del Código Penal de 1932.

cualquier título de la educación o guarda”²⁵⁶. Por último, el artículo 438 hacía referencia, de nuevo, a los abusos deshonestos cometidos contra hermana o descendiente, aunque fuese mayor de veintitrés años.

3.2.6. El Código Penal de 1944

Al igual que el Código Penal de 1928, el de 1944 debe entenderse en el concreto momento histórico en el que fue sancionado: La guerra civil española y la posterior dictadura de Francisco Franco. Durante la primera etapa de este periodo histórico, el peso de la Administración judicial recayó en la jurisdicción militar y el castigo iba enfocado a la “redención” del penado²⁵⁷. Con la Ley de 12 de junio de 1940 se restableció el Código de Justicia Militar, con la redacción que tenía el 14 de abril de 1931, y se complementó con la aprobación de la Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 que, en su propio preámbulo, respecto al Código Penal de 1932, afirmaba que:

“La imperfección con que nuestras Leyes penales, plagadas de los prejuicios propios del momento legislativo en que fueron promulgadas, sancionan cuando no olvidan muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado, requiere una meditada revisión de sus preceptos (...).

La misma fecha del Código vigente explica con sobrada elocuencia el atraso de sus leyes penales en relación con los imperativos y realidades de nuestro momento.

Constituye por ello preocupación del Gobierno, la promulgación oportuna de un nuevo Código penal, que, recogiendo las esencias del régimen vigente, sepa concertar, en adecuadas fórmulas, los progresos de la ciencia penal y los principios fundamentales de nuestras tradiciones jurídicas.

Mas no es posible que en tanto se promulga ese nuevo Código, pueda el Estado permanecer inerte en la carencia de aquellas provisiones penales (...) A ello obedece la presente Ley cuya finalidad no es otra que la de suplir deficiencias de

²⁵⁶ Artículo 437 del Código Penal de 1932.

²⁵⁷ SEVILLANO CALERO, F., “Política y criminalidad en el nuevo estado franquista. La criminalización del enemigo en el derecho penal de posguerra”, en Historia y Política, núm. 35, 2016, p. 292.

nuestra vigente legislación, que vienen siendo preocupación constantemente reclamada de los Tribunales de Justicia, actualmente indotados en muchas materias de esta disposición, del instrumento legal que consideran necesario al cumplimiento de su más sagrada función, hoy en parte regida solamente por el rigor escrupuloso de la analogía.”²⁵⁸.

Mas allá de las consideraciones técnicas que puedan realizarse en cuanto a la “*imperfcción*” de las disposiciones contenidas en el Código de 1932, o de la aplicación por parte de los Tribunales de la analogía in *malam partem* –que, como sabemos, se encuentra proscrita en virtud del principio de legalidad–, es sumamente interesante ver la justificación que el legislador realizó en el concreto momento histórico dictatorial de la promulgación del posterior Código de 1944, que se mantuvo en vigor 45 años, incluso en época ya constitucional –desde 1978 hasta 1989–.

Si bien, y aunque el Código cambio la configuración de diversas figuras jurídicas e ilícitos penales, en lo referente a la violación y abusos deshonestos, cuya ubicación sistemática la encontramos en el Libro Segundo, “*Delitos y sus penas*”, Título IX, “*Delitos contra la honestidad*”, Capítulo Primero, “*De la Violación y de los abusos deshonestos*”, no hubo cambios sustanciales, a excepción de las penas a imponer.

El artículo 429 regulaba el delito de violación en los mismos términos: yacimiento heterosexual impuesto por un hombre a una mujer con fuerza o intimidación, cuando la mujer estuviese privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando fuere menor de doce años cumplidos –en cualquier caso y aunque no concurrieran las dos circunstancias anteriores–²⁵⁹; y el artículo 430 los abusos deshonestos de persona de

²⁵⁸ Preámbulo de la Ley para la seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941.

²⁵⁹ Artículo 429 del Código Penal de 1944.

ambos sexos, siempre que concurrieran las circunstancias tenidas en cuenta para afirmar la existencia de violación²⁶⁰.

Lo mismo cabe decir respecto a los abusos deshonestos no violentos. El artículo 436 en su párrafo tercero castigaba los abusos deshonestos cometidos o bien contra doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometidos por “Autoridad pública, Sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda”²⁶¹ o contra su hermana o descendiente, aunque fuese mayor de veintitrés años²⁶².

3.2.7. Las sucesivas propuestas y reformas hasta el Código Penal de 1989

La caída del régimen franquista y la instauración de la democracia afectaron de forma lógica y significativa al Derecho penal y es que, su función, varió drásticamente en la nueva estructura político social. Se pasó del Derecho del enemigo²⁶³ y de la represión de las conductas no aceptadas, a la concepción actual y democrática de los ilícitos penales.

Hasta 1989 se fueron sucediendo diversas reformas que afectaron a los delitos sexuales en general, despenalizando ciertas conductas – véase la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal o la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos

²⁶⁰ Artículo 430 del Código Penal de 1944.

²⁶¹ Artículo 434 del Código Penal de 1944.

²⁶² Artículo 435 del Código Penal de 1944.

²⁶³ Concepto jurídico de creación posterior, pero que puede ser aplicado a esa época concreta. Vid., TÉBAR RUBIO MANZANARES, I., *Derecho Penal del enemigo en el primer franquismo*, Publicacions de la Universitat d'Alacant, Alicante, 2017.

239, 566.5º, 567.1.º y 3.º y 577.1.º del Código Penal– y a los delitos de violación y abusos deshonestos en particular, finalizando con un cambio drástico de su concepción a raíz de la promulgación del Código Penal de 1989.

Siguiendo un orden temporal, con la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se despenalizan los delitos de estupro y rapto, se modificaron los artículos 434, 435 y 436 relativos a los abusos deshonestos “no violentos”, cambiando la edad en el delito de estupro por prevalimiento, por un lado, de doce a dieciocho años y, por otro, para el delito de estupro interviniendo engaño, de doce a dieciséis años –siendo el principal antecedente legislativo del actual artículo 182 del Código Penal–. Asimismo, se cambiaron las condiciones exigidas en el sujeto pasivo, haciéndose referencia únicamente a “*la persona que tuviera acceso carnal con otra*”.

Es decir, mediante esta ley se redujeron las modalidades típicas de comisión del estupro, eliminando el excesivo casuismo de que esta figura delictiva era objeto con anterioridad, y que hemos venido viendo, haciéndolas coincidir con la clasificación habitual que se hacía de los mismos antes de operarse la reforma: el prevalimiento y el engaño²⁶⁴.

Si bien, en términos generales, los delitos en cuestión habían permanecido prácticamente invariables, pues se seguía haciendo referencia expresa a la honestidad como el bien jurídico protegido y la conducta y sujetos del delito de violación seguían siendo la misma: sujeto activo necesariamente hombre que yacía sin consentimiento, bien

²⁶⁴ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 233.

con violencia o intimidación, bien estando la víctima privada de razón o de sentido, o siendo menor de doce años, sobre un sujeto pasivo necesariamente mujer.

Es por eso que el Código Penal de 1989 supuso, por primera vez en la materia, un cambio de paradigma. Se pasó a proteger la libertad sexual; se eliminó la referencia al yacimiento, siendo sustituido por “acceso carnal” vía vaginal, anal o bucal; por ende, se ampliaron los sujetos; se acuñó, como novedad, el término agresión sexual –aunque en ese contexto hacía referencia tanto a la agresión propiamente dicha como a los abusos deshonestos “violentos”– y se amplió, nuevamente, la conducta al hacer referencia expresa a la introducción de objetos como forma comisiva.

Para entender de forma clara cuál fue la evolución de los delitos hasta su concepción final en 1989 con la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, merece la pena traer a colación el Proyecto de 1980, la Propuesta de 1983 y el Anteproyecto de 1989²⁶⁵.

Así, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, ya contemplaba el cambio de paradigma hacia la protección de la libertad sexual, pues la nomenclatura empleada y su ubicación sistemática era la siguiente: Libro II, Título III, “*Delitos contra la libertad sexual*”, Capítulo I, “*De la violación y de los abusos deshonestos violentos*”. Quedando regulados los delitos de la siguiente manera:

“Artículo 200: Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.

²⁶⁵ Sobre un análisis más detallado al respecto, vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989.

Artículo 201: Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º) Cuando la mujer se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación,*
y
- 2.º) Cuando fuera menor de doce años cumplidos.*

Artículo 202: El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias de los artículos precedentes, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 203: El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido”.

Como puede observarse, se seguía haciendo referencia expresa al yacimiento con mujer como clave de la conducta típica, aunque se desgranaron en dos los tipos y las penas. Es decir, por un lado, se castigaba el yacimiento empleando violencia o intimidación y, por otro, con una pena menor, el yacimiento cuando la mujer se hallase privada de sentido o, como novedad, abusando de su “enajenación”. Asimismo, se introdujo un tipo independiente para aquellas otras conductas que no consistieren en yacimiento, pero fuesen “*cualquier otra clase de acceso carnal*”, ampliando los sujetos activo y pasivo del delito.

Por último, se cambió de abusos deshonestos a “abusos deshonestos violentos” para aquellos supuestos en los que, como se había regulado tradicionalmente, se equiparaban los abusos con las características exigidas para el delito de violación, como seguía siendo el caso.

En lo que al resto de abusos deshonestos se refiere, debemos acudir al Capítulo II del mismo Título y Libro, que recogía los abusos deshonestos no violentos bajo la rúbrica “*Del estupro y demás abusos deshonestos*”. Concretamente, al artículo 207:

“Artículo 207: El que cometiere cualquier otro abuso deshonesto con las personas y circunstancias señaladas en el artículo anterior, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”.

Lo cual nos lleva al contenido del artículo 206

“Artículo 206: El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona mayor de doce años y menor de dieciocho, interviniendo alguna de las circunstancias de los artículos precedentes, será castigado con las penas en ellos establecidas para sus respectivos casos”.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1983, introdujo como novedad la mención a la indemnidad sexual, y la acuñación del término “*abusos sexuales violentos*”, en cuanto el contenido estaba ubicado en el Libro II, Título VI, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, Capítulo I, “*De la violación y de los abusos sexuales violentos*”. Quedando el articulado de la siguiente forma:

“Artículo 169: 1. Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación. 2. Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.

Artículo 170: Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 171: El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona no previsto por los artículos anteriores, y concurriendo alguna de las circunstancias por ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 172: El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido”.

Por su parte, en el Capítulo II, “*Del estupro y otros actos de abusos y provocación sexuales*”, el artículo 175, respecto a los abusos deshonestos equiparados al estupro, recogía que

“Se impondrá la pena de multa de tres a seis meses al que cometiere cualquier abuso sexual concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos anteriores”.

Vemos como, en esencia, más allá de la nueva fórmula empleada de “abusos sexuales”, la concepción de los ilícitos eran las mismas que en el Proyecto de Reforma de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

Por último, antes de entrar en materia respecto al Código Penal de 1989, su Anteproyecto, recogía la siguiente redacción:

*“Artículo 429: Será castigado con la pena de reclusión menor el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.
Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.*

Artículo 430: Será castigado con la pena de prisión mayor en sus grados medio y máximo el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 430 bis: El que tuviere acceso carnal con cualquier persona, no previsto en los artículos anteriores, y concurriendo alguna de las circunstancias en ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión mayor.

Artículo 430 bis a): El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias previstas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión menor”.

Vemos como la tendencia del Anteproyecto siguió la técnica empleada por el legislador del Proyecto de 1989 y de la Propuesta de 1983, empleando la misma nomenclatura (Capítulo I, “*De la violación y de los abusos sexuales*”) y creando un tipo intermedio (artículo 430 bis) para la hipótesis de la penetración anal.

Pues bien, vista la evolución legislativa de las diferentes propuestas de reforma hasta la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, vamos a estudiar la reforma propiamente dicha. En el propio preámbulo de la Ley se menciona expresamente la “*necesidad de una reforma de los llamados delitos contra la honestidad*” –no debemos olvidar que, a excepción de las reformas vistas al inicio del apartado, el Código Penal vigente era el de 1944– que “*cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad*”²⁶⁶.

Deja claro, en primer lugar, que la libertad sexual es el “auténtico”²⁶⁷ bien jurídico protegido, y sigue describiendo la ampliación de las conductas recogidas, en cuanto que, en la violación se incluye, además del coito vaginal, el anal y el oral. Y, asimismo, se amplía los sujetos pasivos, que podrán ser tanto hombres como mujeres. La intención del legislador era, en sus propias palabras, que el tipo penal respondiese “*a la realidad de la dinámica delictiva actual*”²⁶⁸.

²⁶⁶ Preámbulo Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

²⁶⁷ “*Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «Libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado*”. Vid., *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

Respecto a las concretas modificaciones, el artículo decimoséptimo estableció que *“Las rúbricas del Título IX del Libro II del Código Penal y del Capítulo Primero de dicho Título, serán respectivamente: «De los delitos contra la libertad sexual» y «de la violación y de las agresiones sexuales»*”; y, en lo relativo a las conductas típicas, el artículo decimoctavo modificó los correspondientes artículos del Código Penal, quedando redactados de la siguiente manera:

“Artículo 429: La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

- 1. Cuando se usare fuerza o intimidación.*
- 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.*
- 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.*

Artículo 430: Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”.

Vemos como la expresión “agresiones sexuales” sustituye a la primitiva del Anteproyecto de Ley Orgánica, “abusos sexuales”, vocablo que ya contempló la Propuesta de 1983 y que venía a sustituir a los abusos deshonestos equiparados a la violación. Respecto a los demás abusos deshonestos, nada se dice sobre ellos, por lo que deben entenderse que, a excepción de la reforma vista supra del año 1978, su regulación se mantuvo intacta respecto de los artículos 434, 435 y 436.

3.3. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en los Códigos Penales de 1822 a 1944: Violación, abusos deshonestos y honestidad

3.3.1. El delito de violación

3.3.1.1. La conducta típica del delito de violación

Según la transcripción de los artículos que hemos ido viendo en los sucesivos Códigos Penales vigentes desde 1822, la conducta típica del delito de violación era inequívoca y estaba condicionada, precisamente, por el contenido del propio tipo penal. Consistía en el yacimiento de un hombre con una mujer sin consentimiento, entendido exclusivamente como coito heterosexual vaginal, como la introducción del pene en la cavidad vaginal. En este sentido lo vino entendiendo la doctrina²⁶⁹ y jurisprudencia²⁷⁰.

En su momento, una rama doctrinal minoritaria argumentó a favor de una interpretación extensiva de las conductas típicas abarcables dentro del tipo de violación.

²⁶⁹ “Violación ha sido yacer y yacimiento se entendía como trato carnal entre hombre y mujer. Luego la referencia a la conducta heterosexual en el tipo condicionaba que el yacimiento se refiriera a la penetración vagina (...) la doctrina se ha mantenido casi unánime en cuanto a la interpretación de yacimiento como penetración vaginal, interpretación condicionada, como hemos dicho, por el propio tipo penal”. Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., pp. 572 y 579; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985, pp. 33-61; GIMBERNAT ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal español”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 1990, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, 1969, *passim*.; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, Colección de Estudios, Serie Minor, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, 1981, p. 48; SAINZ CANTERO, J.A., “La reforma del Derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, *passim*.

²⁷⁰ Vid., SSTS de 10 de marzo de 1897, 22 de enero de 1949, 8 de agosto de 1985, 15 de julio de 1985, 25 de febrero de 1986, 26 de septiembre de 1986, 3 de noviembre de 1986, 24 de noviembre de 1986, 8 de junio de 1987, 7 de marzo de 1988, 10 de mayo de 1988 y de 27 de mayo de 1988.

Concretamente, a los accesos carnales heterosexuales no vaginales, y, específicamente, al coito anal heterosexual, como sinónimo de yacimiento²⁷¹. La base teórica estaba, entre otros argumentos, en considerar que, para la sociedad, tal conducta era tan grave o más que la consistente en el coito vaginal²⁷². Si bien, se mantuvo tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia, que yacimiento era sinónimo de acceso vaginal heterosexual. Lo cual no significa que la mayoría abogaba, sin embargo, por una ampliación legislativa de las conductas típicas y que, posteriormente, cuando se procedió a su ampliación en 1989 y la violación dejó de ser exclusivamente yacimiento, apoyaron dicha reforma²⁷³.

Por otro lado, había consenso en rechazar el coito oral como parte del delito de violación. Tanto por la desigualdad material y valorativa respecto al coito vaginal y anal, como por intentar paliar el problema de la delimitación de la conducta típica –ampliable en este caso a los abusos deshonestos– como consecuencia de extender sin limite las manifestaciones de la primera²⁷⁴. Además, se entendía que el coito oral era una manifestación o hipótesis de masturbación, más que de penetración sexual propiamente dicha²⁷⁵.

²⁷¹ FERRER SAMA, A. “Adulterio”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo II, Barcelona, 1950, p. 426; COBO DEL ROSAL, M., “La supresión del artículo 428 del Código Penal de 1944 por el texto revisado de 1963”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1964, pp. 67-69; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, Colección de estudios penales nº4, Universidad de Granada, 1982, pp. 337-344.

²⁷² Argumentando en contra, ALONSO DE ESCAMILLA, A., “algún autor se pronunciado por una interpretación amplia del término yacimiento, como sinónimo de acceso carnal, lo cual no parece de todo punto acertado, máxime cuando el propio legislador ha empleado distinta terminología para referirse a uno (art. 429) u otro tipo penal (arts. 434 y 435)”, vid., ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 579; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 41-44.

²⁷³ Por todos, ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 583; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 42 y 43.

²⁷⁴ Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 580.

²⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, op. cit., p. 339; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 93.

Siguiendo con el análisis de este tipo penal, vemos que el yacimiento sin consentimiento podía darse en tres situaciones distintas. Mediante violencia o intimidación, cuando la víctima se halle privada de razón o sentido por cualquier causa, o si era menor de 12 años, aunque no concurriesen ninguna de las dos causas anteriores. Es decir, el vencimiento de la voluntad de la víctima para yacer con ella se producía bien contra el consentimiento de la víctima, por emplear fuerza o intimidación, o sin su consentimiento, mediante la constatación de circunstancias personales en las que se encontrase que hacían presumir, a veces “*iuris tantum*”, otras “*iuris et de iure*”, su “enfrentamiento voluntario” a la conducta impuesta²⁷⁶.

En este sentido, y con el fin de delimitar la conducta típica, vamos a proceder al análisis de cada una de las formas comisivas que contemplaba el tipo, a excepción de la minoría de doce años, por las razones ya expuestas y debidamente argumentadas.

a) *La violación mediante el empleo de fuerza*

Siguiendo la tradición histórica del delito de violación, el empleo de fuerza para doblegar la voluntad de la víctima se perfila como la variante comisiva que mayor peso histórico posee²⁷⁷. Dado que la fuerza ha sido entendida como la exteriorización de energía física por parte del agresor, acompañada de perjuicio físico para la víctima, si lo extrapolamos al delito de violación, podemos decir que consistía en el empleo de cierta

²⁷⁶ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p.66.

²⁷⁷ Para GONZÁLEZ RUS, J.J., la fuerza es el elemento correspondiente al genuino sentido histórico de la violación. Vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., p. 364. Para NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., “*el elemento fuerza que la codificación penal española incorporó como medio comisivo en la violación y en los abusos deshonestos vino a continuar la tradición histórica que siempre reconoció como delito la imposición de sexo mediante fuerza física*”. Vid. NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 166

energía física aplicada directamente sobre el cuerpo de ésta con el fin de vencer su voluntad de contraria, claramente manifestada, y someterla a realizar el acto sexual. Así lo vino entendiendo doctrina²⁷⁸ y jurisprudencia²⁷⁹.

Clásicamente, se ha diferenciado entre fuerza irresistible, o *vis absoluta*, y entre fuerza no irresistible, o *vis moral*. En el primer supuesto, la violencia empleada, la energía física directamente aplicada sobre el cuerpo de la víctima, hace físicamente imposible la resistencia²⁸⁰, bien porque anula completamente el deseo contrario al comportamiento lúbrico, bien porque lo vence. La *vis absoluta*, por si misma considerada, anula la oposición que contra la misma se ejerce.

En el segundo, concurre aplicación de fuerza, pero también intimidación o amenaza de que seguirán o aumentarán las violencias si la víctima no abandona o disminuye la resistencia opuesta²⁸¹. Es decir, el inicial empleo de fuerza provoca en el sujeto pasivo un efecto psicológico consistente en el temor de que, de no acceder a la conducta sexual, esa violencia física se repita o se agrave²⁸². La *vis moral* doblega la voluntad contraria al acto lúbrico no deseado, de forma que la víctima accede.

²⁷⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 108; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. p., 353, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 166; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 43.

²⁷⁹ Vid., SSTS de 16 de diciembre de 1933, de 17 de marzo de 1976, de 15 de diciembre de 1976 y de 20 de noviembre de 1980.

²⁸⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., pone, al respecto, el ejemplo de una mujer que es atada e inmovilizada, o sujeta por varias personas mientras el autor yace con ella. Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., p. 489.

²⁸¹ Por ejemplo, aquellos casos en los que el autor que comienza aplicando violencia y, la víctima, ante el temor al dolor físico que le producirían las posteriores violencias, dándose cuenta de que toda resistencia sería inútil, o presa del pánico por la violencia que se le aplica, deja de oponerse o cesa de prestar una resistencia. Vid. Ibidem, pp. 489 y 490.

²⁸² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 167.

Tanto doctrinal²⁸³, como jurisprudencialmente²⁸⁴, estaban de acuerdo en que, aunque era un supuesto que se encontraba entre fuerza e intimidación –pues la voluntad es conseguida mediante la amenaza que acompaña a la fuerza física inicial, además de por la fuerza misma²⁸⁵–, era un presupuesto válido para conformar el tipo de yacimiento con uso de fuerza²⁸⁶, pues ésta, para estimarse, no hacía falta que fuese irresistible para la mujer, bastaba con que fuera eficaz para doblegar su voluntad²⁸⁷ y fuese inicialmente exteriorizada²⁸⁸.

En síntesis, la fuerza irresistible incide sobre la libertad física de la persona, mientras que la no irresistible, sobre su libertad psicológica²⁸⁹, y ambas, estaban aceptadas como medios comisivos del delito de violación por ser idóneas para imponer una conducta sexual no querida. E, incluso, se llegó a considerar que la fuerza no irresistible era la que más se daba en la práctica²⁹⁰. Por ello, podemos afirmar que había violación por fuerza cuando se empleaba *vis absoluta* o cuando se aplicaba violencia con la amenaza de que,

²⁸³ Vid., Q QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 786.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, Tomo IV, Parte Especial, Volumen Segundo, 5º edición, Editorial Ibder-Amer, Barcelona, 1960, p. 32; PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, op. cit., p. 131; RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español, Parte Especial*, 3ª edición, Talleres Gráficos Ediciones Castilla, Madrid, 1969, p. 164.

²⁸⁴ SSTS de 16 de diciembre de 1933, 13 de enero de 1943, 21 de diciembre de 1946, 4 de junio de 1952, 17 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1968, 17 de marzo de 1976, 15 de diciembre de 1976 y 20 de noviembre de 1980.

²⁸⁵ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 167.

²⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., pp. 490 y 491.

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 491.

²⁸⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., p. 356, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 168; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 44.

²⁸⁹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 109.

²⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., p. 489.

a mayor resistencia que opusiese la víctima, mayor sería la energía física que iba a aplicar el sujeto activo²⁹¹.

En consecuencia, la fuerza típica puede ser definida como la que resultase bastante o precisa para doblegar la voluntad contraria de la víctima sin necesidad de que fuese irresistible y, asimismo, sin poder especificar la cantidad y calidad de la misma, pues se hacía depender, como es lógico, de las características personales del sujeto activo y pasivo, su tamaño corporal, su edad, la relación que existiese entre ellos o de las circunstancias de tiempo o de lugar del caso concreto²⁹².

Pues bien, a ello se sumaba las características que doctrina y jurisprudencia trataron de establecer como necesarias para confirmar la tipicidad de la misma²⁹³. En primer lugar, y como consecuencia de la propia esencia de la fuerza, era necesario que se aplicase directamente sobre el cuerpo de la víctima con la que se pretendía llevar a cabo el yacimiento y, por ende, la violencia física ejercida sobre terceras personas o sobre cosas no era considerada suficiente para integrar la tipicidad de esta modalidad comisiva dando lugar, en todo caso y bajo los presupuestos que veremos en el apartado correspondiente, a violación por intimidación²⁹⁴.

²⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., p. 491.

²⁹² Vid. CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 110; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., p. 357, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 167; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 44.

²⁹³ “A pesar de que la idea de fuerza estaba imbuida, por su propia naturaleza y por la diversidad de las relaciones interpersonales en las que tenían lugar la imposición de sexo, de altas dosis de relativismo, doctrina y jurisprudencia trataron de establecer una serie de características que la misma debía presentar para resultar típica”, vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 168.

²⁹⁴ “Es opinión doctrinal mayoritaria la de exigir que la fuerza o violencia física se ejercite sobre la persona de la víctima del abuso deshonesto (...) la violencia real ha de tener relación directa con el cuerpo del sujeto pasivo (...) y no sobre terceros o cosas (...) habrá fuerza moral y no constreñimiento físico por tratarse de una coacción indirecta”, vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*,

Igualmente, era opinión generalizada la que se oponía a la necesidad de que la violencia tuviese que concurrir durante todo el período de duración del delito, bastando con que se ejerciese al inicio de la acción o al tiempo de la misma. Y ello, dado que el ejercicio de violencia y la realización del acto sexual querido estaban unidos por una “relación de causa a efecto”²⁹⁵ y la fuerza inicial podía resultar suficiente para doblegar la voluntad contraria a la víctima.

Ello lleva a la tercera característica, la que indicaba que la fuerza típica era la que debía perfilarse como medio para la obtención de la conducta sexual impuesta, de forma que fuese la causa de que llegase a producirse el yacimiento²⁹⁶. Este nexo causal suponía que la fuerza debía ser ejercida o bien con anterioridad al acto o bien simultáneamente, con la finalidad o propósito de provocarlo, siendo material en los casos de *vis absoluta* y, además, psicológica en la *vis moral*²⁹⁷.

En este sentido, entendiendo a la fuerza como el medio empleado por el autor para vencer la voluntad del sujeto pasivo, tanto con carácter previo como coetáneo, “en una relación de medio a fin”, se entendía que, si concurría durante el momento de ejecución y había sido deliberadamente consentida por la víctima, no adquiriría el carácter típico necesario²⁹⁸.

op. cit., pp. 111 y 112. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., p. 358, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 168; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 43.

²⁹⁵ “La fuerza es, en este sentido, el medio empleado por el autor para vencer la voluntad del sujeto pasivo, desprendiéndose de la propia definición de violencia física su carácter impreso de finalidad. Y puesto que puede operar con carácter previo o coetáneo (...) en ambos supuestos tendrá que actuar en una relación de medio a fin”, vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 112.

²⁹⁶ “Así pues, la fuerza no debe simplemente acompañar a la relación sexual, sino que debe elegirse como su causa” GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., p. 360.

²⁹⁷ Ibidem, pp. 359 y 360.

²⁹⁸ “Es decir, si al ejercerse la violencia física coetáneamente al acto lubrico no pudiera calificarse ésta como medio de coacción dirigido a doblegar la voluntad del ofendido, sino como fin en sí misma, no existirá

Por otro lado, había consenso en entender que el sujeto que ejercía la fuerza no tenía que ser, necesariamente, el que finalmente realizaba el yacimiento, siempre y cuando la violencia empleada por ese otro sujeto –que respondería a título de cooperador necesario– se configurase como nexo causal²⁹⁹. Es decir, no había dudas cuando el ejercicio de la fuerza se realizaba con la finalidad de llevar a cabo la conducta lubrica, la duda estaba en relación con los casos en los que un sujeto aprovechaba un ejercicio previo de violencia llevado a cabo por otro sin motivación sexual o, incluso, por un accidente natural, que provocase la imposibilidad de la víctima de oponerse al contacto sexual.

El supuesto era el siguiente: La víctima mediante un impedimento físico, encontrándose en perfectas condiciones mentales, no tiene la capacidad física de defenderse, siendo aprovechado por otro sujeto que, sin emplear violencia, ejecuta un yacimiento no consentido. Pues bien, parte de la doctrina consideraba el caso expuesto como atípico, en contraposición de las interpretaciones jurisprudenciales³⁰⁰, ya que no podía ser calificado como yacimiento por fuerza y tampoco como privación de razón o sentido, proponiéndose una modificación de la norma en la que se recogiese de forma expresa la solución a esta problemática³⁰¹. Para otro sector, si podía ser calificado como

el tipo penal, como ocurre en los comportamientos de perversión sexual conocidos por el nombre de sadismo en los que el autor realiza un acto libidinoso, violento en sí mismo". CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 112 y 113. En el mismo sentido, sobre el "sexo sadoomasoquista", GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. p., 360.

²⁹⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 169 y 170.

³⁰⁰ SSTs de 11 de mayo de 1932, 28 de enero de 1935, 17 de junio de 1958 y 12 de noviembre de 1980. Comentando dichas sentencias y posicionándose en contra de utilizar una analogía *in malam partem* respecto a que el aprovechamiento de las circunstancias equivalga al uso de la propia fuerza, o a privación de sentido, vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. pp. 383-385.

³⁰¹ Haciendo referencia a supuestos en los que la víctima está aquejada de parálisis total, o se encuentra extremadamente débil, o inmovilizada a través de medios mecánicos, vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 118 y 119; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 44-46; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit., pp. 378-380.

violación por fuerza ya que se entendía que la fuerza previa era determinante para el posterior comportamiento, con independencia de la ausencia de motivación del fin sexual³⁰².

a.1) Especial referencia a la resistencia

Tenemos en este punto otro debate doctrinal que, aunque actualmente se encuentra superado, merece la pena traerlo a colación: La exigencia de resistencia por parte del sujeto pasivo³⁰³.

Frente a un sector doctrinal que consideraba que, a la fuerza o violencia empleada por el agresor, debía surgir, de forma correlativa, la resistencia u oposición de la víctima como manifestación de su voluntad contraria³⁰⁴; otros entendían que no podía admitirse que el derecho dejase sin protección determinados supuestos en los que faltase el “coraje” o el “valor suficiente” para oponerse a la fuerza de otro, determinando que lo jurídicamente relevante es que ésta se ejecutase para realizar el yacimiento³⁰⁵. Los primeros defendían que la resistencia fuese “seria” y “enérgica”³⁰⁶ e incluso negaban que

³⁰² En este sentido, no se estimaba problemática la concurrencia del elemento fuerza. Vid., ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 46 y 47.

³⁰³ “La oposición o la resistencia del ofendido se encontraba presente en la propia noción de fuerza y se concebía como el obstáculo físico o rechazo material que el ofendido enfrentaba al yacimiento como expresión de una manifestación psíquica del mismo sentido”, vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 171.

³⁰⁴ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 114.

³⁰⁵ Ibidem, p. 114.

³⁰⁶ Exigían que no representase una simple simulación de honestidad, ni diese lugar a dudas ni a vacilaciones. Es decir, que fuese realmente expresiva de un querer decididamente contrario. Vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 115; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. p., 356, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 168; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 44.

la negativa de palabra bastara³⁰⁷. Por el contrario, los segundos estimaban, en una opinión bastante más acertada, que los requisitos de seriedad y efectividad no implicaban que la resistencia tuviera que ser “desesperada” o “extrema”³⁰⁸.

Otro punto controvertido era la duración o permanencia de la resistencia. ¿Era necesario que se prolongase durante todo el tiempo de la agresión, incluido el momento de realización del yacimiento, o bastaba con que se diese inicialmente?. En otras palabras, ¿cabía la posibilidad de abandono de la resistencia opuesta al comienzo de la ejecución, sin que por ello dejase de ser típica la acción?. Tampoco había consenso al respecto, mientras que una parte de la doctrina entendía que la oposición debía ser persistente o constante, en el sentido de mantenida hasta el último momento sin que bastase su concurrencia al inicio de la comisión del delito y su posterior abandono³⁰⁹; otra opinaba todo lo contrario, en el sentido de que la constancia o permanencia de la resistencia dependía de cada caso en concreto sin necesidad de llevarla “hasta los últimos momentos”³¹⁰.

³⁰⁷ “Pues como dice CARRARA, en tales casos el juez quedará en la duda de si en verdad esa víctima que se oponía de palabra, pero que materialmente aceptaba, quería o no el acto obsceno, por lo que muy difícilmente podrá declarar probado el elemento objetivo de la violencia; además de que, frente a esa conducta contradictoria usada por la víctima, el imputado puede muy bien alegar que no creyó ejercer violencia sino realizar un acto gratisimo para ella”, vid. CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 115.

³⁰⁸ “No hace falta que se hayan vencido todos los esfuerzos. La Ley no exige tanto (...) En resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de inutilizar o amedrentar a una persona común, la violencia está justificada”, PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, op. cit., p. 125.

³⁰⁹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 116 y 117.

³¹⁰ “Criterio al que, efectivamente, hay que atender en casos tales como el de la persona que, después de poner toda la resistencia de que es capaz y comprendiendo la inutilidad de su esfuerzo, cede a la violencia ejercida, supuesto indudable de existencia del delito; o bien, cuando paralizada aquella por el miedo que le infunde el autor, se entrega a sus deseos, aprovechando este entonces su clara indefensión; y en el peor de los casos, puede incluso suceder que la víctima se defiende violentamente, perjudicándose con ello en la defensa”, vid., *Ibidem*, p. 117.

b) La violación mediante el empleo de intimidación

La intimidación era concebida como el efecto psicológico que sobre la víctima producía el anuncio de un mal que iba a desencadenarse como consecuencia de la negativa a realizar un determinado comportamiento sexual, que era exigido por el sujeto activo, lo cual provocaba que el primero accediese a las peticiones del segundo, con el fin de evitar dicho mal³¹¹.

La estructura típica de la intimidación nada tenía que ver con el empleo de violencia. La violencia sometía la voluntad de la víctima exteriorizada en forma de resistencia, mientras que la intimidación afectaba al proceso psicológico de toma de decisiones del sujeto pasivo, que accedía al comportamiento lubrico a través del miedo producido, precisamente, por el anuncio de un mal que el sujeto activo decía iba a causarle³¹². Se consideraba que había ausencia de consentimiento, pero, en cierta parte, la voluntad del sujeto estaba presente, sin ser libre su decisión, en el sentido de que ésta era limitada al estar influenciada por el temor infundido, obrando contra su voluntad en la forma indicada por el autor³¹³. Dicho de otro modo, el miedo provocado por la conducta del sujeto activo, hacía que el sujeto pasivo se dejase ejecutar en su cuerpo un acto sexual no querido en forma de yacimiento y, en definitiva, la voluntad quedaba doblegada.

³¹¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 173.

³¹² CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit, p. 112; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. p. 389; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 173; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., p. 47.

³¹³ *Ibidem*.

Como consecuencia, y a diferencia del empleo de fuerza, no podía existir resistencia en la víctima influida por intimidación. Al quedar definida la resistencia como la manifestación de voluntad contraria y reflejada en actos materiales de defensa, en la víctima de intimidación, aun existiendo vencimiento de la voluntad, la conducta exteriorizada por ésta era conforme a lo pedido, debido, precisamente, a la intimidación³¹⁴.

Ello llevó a afirmar la necesidad de que se diesen dos consecuencias distintas en el sujeto pasivo. Por un lado, la relación de causalidad entre el comportamiento del agresor y los subsiguientes actos de la víctima³¹⁵. Por otro, el efecto psicológico que provocaba la intimidación y que diferenciaba a ésta de las meras amenazas. Y es que, para la jurisprudencia, la intimidación como medio comisivo debía provocar en la víctima un temor que le llevase a optar por llevar a cabo un comportamiento sexual no querido, más allá del mero anuncio de un mal, como se exigía en las amenazas. Mientras que, en algunas interpretaciones jurisprudenciales, se dijo que bastaba con que la intimidación fuese suficiente para enervar la oposición de la mujer³¹⁶.

El gran problema dogmático estaba en determinar a qué amenazas se refería el legislador como adecuadas para producir la intimidación típica exigida en el ilícito

³¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. pp. 411 y 412.

³¹⁵ Se hace referencia a una “conexión psíquica inmediata”, en el sentido de que el yacimiento debe realizarse como consecuencia de ese estado de intimidación en la víctima e inmediatamente después de producirse. *Ibidem*, pp. 411 y 412.

³¹⁶ Crf. SSTS de 13 de mayo de 1967, 22 de febrero de 1974, de 15 de noviembre de 1978 y de 22 de abril de 1980.

penal³¹⁷. En este sentido, parte de la doctrina³¹⁸ y jurisprudencia³¹⁹ entendió que quedaban comprendidas tanto la intimidación a través de violencia física –por ejemplo, amenazar con un arma de fuego– como la intimidación empleando violencia moral –por ejemplo, causar un perjuicio a la fama, reputación o intereses de la mujer³²⁰–. Sin embargo, otros autores se mostraron más restrictivos en lo que a la amenaza moral se refiere³²¹.

Lo que si estaba claro es que la amenaza podía estar presente de cualquier forma, siempre y cuando crease en la víctima el estado mental de temor propio de la coacción psíquica, por el cual prefiere someterse al mal que se entiende menor³²². En definitiva, que tuviera eficacia intimidatoria y, por ello, el miedo se erigía como el requisito esencial que debía cumplir la amenaza.

Respecto a quién y contra quién debía realizarse la amenaza, se consideraba que la amenaza era típica con independencia de que fuese dirigida a la víctima o a terceros, o de qué relación tuviesen éstos y el actor. Sin embargo, si se exigía la identidad subjetiva

³¹⁷ Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., pp. 491-505.

³¹⁸ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Tomo II (Parte Especial), Volumen Segundo, 14ª edición, Bosch Casa Editorial, Madrid, 1975, p. 537; PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, op. cit. p. 131; SANCHEZ TEJERINA, I., *Código penal anotado: 23 de diciembre de 1944, con las modificaciones introducidas hasta el momento actual, con un breve comentario y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, p. 295.

³¹⁹ SSTs de 15 de noviembre de 1944, de 24 de mayo de 1948, de 21 de junio de 1955, de 17 de noviembre de 1956, de 13 de mayo de 1967, 10 de diciembre de 1968, y de 21 de mayo de 1969.

³²⁰ SSTs de 5 de marzo de 1969 y de 14 de marzo de 1969.

³²¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 349.

³²² “La amenaza se puede presentar de cualquier forma: mediante palabras, actos o señales; por escrito, de forma oral o mímica, ya sea directa o indirectamente”, vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos*, op. cit., p. 123; “Resultaba indiferente que la amenaza se transmitirse por vía oral o escrita, de modo expreso o tácito, siempre que fuese seria e inequívoca, de manera que el sujeto pasivo fuese consciente de la existencia de un mal potencial condicionado a la negativa a participar en un encuentro sexual”, vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 174.

entre la persona que recibía el anuncio del mal y la persona que realizaba el acto sexual contra su voluntad, extremo que no era tenido en cuenta entre el sujeto que profería la amenaza y el que finalmente llevaba a cabo el yacimiento³²³. Ahora bien, debía cumplir con ciertos requisitos³²⁴. En primer lugar, la intimidación debía ser grave³²⁵ e inmediata³²⁶. Es decir, por un lado, se debía exigir el yacimiento inmediato bajo la amenaza de realizar el mal, también, inmediatamente y, por otro, la gravedad de la intimidación venía marcada por el mal con el que se amenazaba que debía ser, inequívocamente, y de igual forma, grave. Dicha gravedad estaba determinada por el mismo orden jurídico. Es decir, el mal con el que se amenazaba debía ser constitutivo de delito³²⁷.

Podemos concluir afirmando que, aunque todo yacimiento por intimidación, a priori, podría ser subsumible en la literalidad del apartado primero del artículo 429, como violación intimidatoria, no todo yacimiento por intimidación constituía violación³²⁸.

³²³ “(...) dos clases de intimidaciones contra terceros que fundamentan una violación (...) las intimidaciones de que, si la mujer se niega a cohabitar, se matará a la otra persona o se violará a otra mujer (...) y cuando la amenaza de malos tratos se dirige, no contra la mujer, sino contra un tercero”. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., pp. 501 y 502.

³²⁴ Ibidem, *passim*.

³²⁵ “Considerar que cualquier intimidación, por nimia que sea, cumple el presupuesto típico, sería perturbar la estructura del artículo 429 e incluir, junto a yacimientos gravísimamente reprobables, otros cuya responsabilidad no se podía ni remotamente comparar a la de los restantes accesos carnales recogidos en el precepto”, vid., ibidem, pp. 494 y 595.

³²⁶ “Para que pueda hablarse de intimidación grave es necesario que se amenace con causar inmediatamente el mal si la mujer no consiente, inmediatamente también, el yacimiento (...) con ello seleccionamos aquellos casos de yacimientos intimidatorios que sitúan a la mujer ante una situación desesperada, ante un ataque verdaderamente brutal. Pues si a la mujer se la intimida con, por ejemplo, matarla al día siguiente si no accede a cohabitar en el momento, su situación no es una sin salida, ya que la negativa a yacer no acarrea consigo la realización de la amenaza”, vid., ibidem, pp. 495.

³²⁷ “Para que el ataque a la libertad sexual sea gravísimo, gravísimo ha de ser también el mal con el que se amenaza. Este criterio de delimitación tiene un ulterior desarrollo en este otro: el índice de gravedad del mal amenazado viene determinado objetivamente, viene determinado por el mismo orden jurídico (...) siempre que el mal con que se amenaza no constituya delito no habrá tampoco violación intimidatoria”, vid., ibidem, pp. 496 y 497.

³²⁸ Ibidem, p. 502.

c) La privación de razón o sentido

Estamos ante la modalidad comisiva que, en la actualidad, podría ser equiparada al delito de abuso sexual y, en el momento legislativo que estamos analizando, se hacía referencia a aquellos supuestos en los que la víctima estaba impedida para comprender la naturaleza de la conducta llevada a cabo como consecuencia de una privación de razón o de sentido.

La privación de la razón estaba configurada a partir la apreciación de una enfermedad o trastorno mental patológico que impedía al sujeto pasivo consentir válidamente, o, directamente, resistirse³²⁹. Se entendía por la doctrina³³⁰ y jurisprudencia³³¹ que la privación de razón a la que hacía referencia la violación era análoga a la eximente de enajenación mental³³². Dicha eximente incluía las “enfermedades mentales” en general y, en concreto, para el delito de violación, se tenían en cuenta no sólo la pérdida sobrevinida de las facultades mentales de la víctima, que podían ser transitorias o duraderas, sino también a aquellas personas “privadas de razón” que nunca la tuvieron por defecto constitucional.

³²⁹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 65

³³⁰ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 263; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 2ª edición, Universidad de Sevilla, 1979, p. 326; RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español*, op. cit., p. 591.

³³¹ SSTs de 27 de septiembre de 1951, de 14 de junio de 1955, de 16 de febrero de 1976, y de 12 de junio de 1978.

³³² “*El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio*”, vid., artículo 8. 1º del Código Penal de 1944. Vid. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 263; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, op. cit. p. 326; RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español*, op. cit., p. 591.

Lo relevante era, pues, la incapacidad psíquica traducida en una aminoración de la capacidad de entender y querer³³³ y, para la mayor parte de la doctrina³³⁴, no hacía falta que la víctima estuviera absolutamente privada de razón, sino que se entendían comprendidas tanto las psicosis como las oligofrenias³³⁵. En palabras del Tribunal Supremo, se debía confirmar la *“mera disminución, cierta y ostensible, con anormalidad y situación de casi inhibición de las facultades mentales, como las psicosis en su variada gama y las oligofrenias dentro de sus grados más intensos de la idiotez e imbecilidad, por producir anulación o acusada disminución de la capacidad valorativa de los actos realizados por la víctima, que suponen falta de razón porque anulan el entendimiento y faltan los frenos inhibitorios”*³³⁶.

La terminología empleada de “privada de razón” fue criticada doctrinalmente en el sentido de que mencionase, simplemente, un estado genérico del sujeto pasivo, sin especificar las consecuencias que de ese estado debían derivarse en relación a la apreciación del delito. Es decir, se criticó la tendencia a concebir la privación de razón como una mera “caracterización psiquiátrica” de la víctima, tomada en cuenta sin constatarse que, en el caso concreto, se pudiese afirmar que se hallaba “privada de razón” y que, dicha privación, hubiese influenciado en la conducta adoptada por aquella³³⁷. En contraposición, proponían que se exigiese como requisito típico la incapacidad para percibir con conciencia exacta el mundo que la rodeaba y su propio comportamiento

³³³ STS de 27 de septiembre de 1951.

³³⁴ Algún autor como SOLER, S., defendió que no se hacía referencia a cualquier alteración de la salud mental sino sólo a la que priva de razón, de la total comprensión de las relaciones y significado de los hechos, ya que, en su opinión, la ley no hacía referencia a la capacidad de resistir sino a la de comprender. Por lo que no se incluían las simples deficiencias, alteraciones o anormalidades psíquicas. Vid., CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 65,

³³⁵ En contra de la ampliación de las personas incluidas bajo tal requisito, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 48- 54.

³³⁶ STS de 14 de junio de 1955.

³³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., p. 49.

dentro de el³³⁸, instando a una reforma *lege ferenda* en la materia respecto a la nomenclatura empleada y a la concepción que de ella se tenía³³⁹.

Por su parte, la privación de sentido comprendía la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto por causas no patológicas y de forma no permanente, que provocaba un estado de inconsciencia “no morbosa” de carácter transitorio por el que la víctima no comprenda el significado del acto que realizaba³⁴⁰. Y, en ese sentido, resultaba indiferente, que dicha situación hubiese sido deliberadamente provocada por el agente o que, por el contrario, el sujeto pasivo ya se encontrase en ella³⁴¹. Las causas que fueron jurisprudencialmente aceptadas fueron, principalmente, la embriaguez, la hipnosis, la narcosis, los afrodisiacos y los desmayos³⁴².

3.3.1.2. Los sujetos intervinientes

Dado que el delito de violación era definido por consistir, necesariamente, en el yacimiento entendido como penetración vaginal, en relación a los sujetos, no cabía duda que sujeto activo debía ser hombre y pasivo mujer, pues se partía de la base del condicionamiento otorgado ya por la conducta típica, que cerraba las puertas a otra interpretación³⁴³. La ley fue clara al respecto desde el Código Penal de 1848 hasta el de

³³⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 139; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. pp. 627-630.

³³⁹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 272; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 50-52; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, op. cit. pp. 720 y 732.

³⁴⁰ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 142.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 143.

³⁴² SSTs de 31 de enero de 1902, 18 de diciembre de 1923, 16 de noviembre de 1953, 22 de marzo de 1955 y de 18 de diciembre de 1972.

³⁴³ Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 580; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 36-40; NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., pp. 160 y 161.

1944³⁴⁴. En todos ellos, el tipo penal empezaba diciendo “*la violación de una mujer...*” y continuaba, “*se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes...*”. Por su parte, las interpretaciones jurisprudenciales no hicieron más que confirmar el planteamiento descrito.

La doctrina³⁴⁵, sin embargo, abogó por una ampliación de los sujetos *lege ferenda*, por entender que las razones esgrimidas por el legislador para justificar la exclusión del sujeto activo mujer y sujeto pasivo hombre no eran suficientemente convincentes³⁴⁶, y que tal exclusión, además de que vulneraba flagrantemente el artículo 14 de nuestra constitución³⁴⁷ —máxime cuando en los abusos deshonestos o en el delito de estupro se habían equiparado los sujetos pasivo y activo—, se basaba en construcciones jurídicas heredadas en las que la mujer, en lo que a delitos sexuales se refiere, se veía como una imagen a proteger, además de la incidencia que la violación podría llegar a reportarle en las esferas familiar y social³⁴⁸. Añado yo que, aunque las razones eran correctas, a la ampliación de los sujetos debía acompañarse, como finalmente sucedió, una ampliación de la conducta típica pues, la configuración de la misma a través del yacimiento, hacía imposible otra interpretación distinta a la que se daba en la época.

³⁴⁴ Solo el Código Penal de 1822 dejaba sin definir a los sujetos activo y pasivo, pues el artículo 668 solo hacía referencia a “*forzar*” o “*abusar deshonestamente de una persona*”.

³⁴⁵ En menor medida, algún autor seguía opinando favorablemente a la restricción del sujeto pasivo mujer en el delito de violación, pues entendía que el atentado sexual más grave debía referirse únicamente a la conducta de mayor transcendencia, el yacimiento, que en su vertiente clásica, únicamente podía realizarse entre hombre, sujeto activo, y mujer, sujeto pasivo. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 269.

³⁴⁶ Entre otras, se alegaba a la imposibilidad de obligar a yacer al hombre, la mayor transcendencia que poseía el yacimiento cuando la víctima es mujer, ya que a la lesión del bien jurídico protegido se sumaba el riesgo de un embarazo no querido o escasa frecuencia criminológica. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 36 y 37.

³⁴⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 580.

³⁴⁸ ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., pp. 24-35.

Pues bien, respecto a las características que debía cumplir el sujeto pasivo para ser válidamente considerado como tal, más allá de los preceptos transcritos en el apartado correspondiente a la ubicación sistemática respecto a las “mujeres públicas” –en los Códigos Penales de 1822 y 1928–, las condiciones concretas del sujeto pasivo no debían influenciar, en principio, en la confirmación de la existencia del tipo penal. Y, en ese sentido, la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, entendía respecto de la violación de la prostituta o “mujer de vida deshonesta”, que no merecía un trato atenuatorio³⁴⁹. De igual modo, la clase social o profesión del sujeto activo, así como la posición de superioridad que pudiera ostentar respecto del pasivo –a no ser que se prevalliera de tal situación para perpetrar el delito–, no se tradujeron en motivos de atenuación o exención de la responsabilidad penal³⁵⁰.

Sin embargo, el estado civil que el sujeto pasivo ostentase respecto al activo, si podía llegar a condicionar la subsunción dentro del tipo penal de violación. Estoy hablando de la violación entre cónyuges. La doctrina se encontraba dividida en varias posturas al respecto, en tres grupos perfectamente acotados³⁵¹.

El primero de ellos defendía que el yacimiento no consentido, aun cuando se diesen los requisitos exigidos, no podía constituir un delito de violación, pues no se estaría dañando el bien jurídico protegido, que veremos más adelante y que desde luego no era

³⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., p. 57 y 58; citando las SSTS de 4 de diciembre de 1906 y 17 de noviembre de 1956, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español”, op. cit., p. 505.

³⁵⁰ NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit., p. 161.

³⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op.cit., p. 56.

la libertad sexual, y si la honestidad. Entendían este grupo de autores que a la conducta mencionada le faltaba la deshonestidad que se exigía en la conducta típica³⁵².

El segundo, basándose en la idea del débito conyugal como un derecho, creían que la conducta era típica, pero, en la mayoría de casos, no antijurídica dada la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido, sostenían que, sólo en unos pocos supuestos, el marido carecía del derecho a realizar la cópula, tales como, por ejemplo, que el marido padeciese una enfermedad contagiosa³⁵³.

Por último, el tercer grupo, negaba la naturaleza de auténtico deber jurídico respecto al débito conyugal y, consecuentemente, mantenían que la conducta atentaba contra la libertad sexual del otro cónyuge, siendo una acción típica y antijurídica. Los que apoyaban esta postura argumentaban, lógicamente, a favor del cambio del bien jurídico protegido hacia la libertad sexual. Otros, dentro de este grupo, mantenían la misma tesis, pero alegaban que, de darse, debería considerarse un tipo privilegiado de violación³⁵⁴.

Dado que no existe al respecto pronunciamiento jurisprudencial alguno, dentro del marco temporal que estamos analizando³⁵⁵, no podemos llegar a saber con certeza cuál hubiera sido la postura del Alto Tribunal. Lo que si resulta evidente es que, en la

³⁵² “En mi opinión, el ayuntamiento carnal entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del artículo 429. Ciertamente que el marido que acude a la violencia o a la intimidación ataca la libertad sexual de la mujer; pero no lo hace como hemos visto que refiere el epígrafe del título IX, a saber: no lo hace mediante una acción deshonesta”. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español”, op. cit., p. 507.

³⁵³ Ibidem, p. 507.

³⁵⁴ En este sentido, haciendo propuestas de *lege ferenda*, vid., DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit., pp. 56 y 57.

³⁵⁵ En palabras de GIMBERNAT ORDEIG, E., “el Tribunal Supremo español, a diferencia de la jurisprudencia alemana, no ha tenido ocasión hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, de ocuparse de la cuestión”, vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español”, op. cit., p. 507.

actualidad, la problemática está más que superada³⁵⁶ y que, como veremos, se resolvió a partir del cambio empleado en la materia en 1989.

3.3.1.3.El bien jurídico protegido

Dado que el periodo que estamos abarcando va desde 1822 a 1989, resulta evidente que la concepción de cuál era el bien jurídico a proteger fue variando conforme a la evolución del propio derecho y de la sociedad sobre la que se imponía.

Las corrientes mayoritarias doctrinales que van sucediéndose cronológicamente son fundamentalmente tres. Si bien, reducir la cuestión a estas tres corrientes, como si la totalidad de la doctrina se hubiera ido adhiriendo a ellas de forma, también, cronológica, sería simplificar demasiado la cuestión. Aunque sean tres y se dan de forma sucesiva en el tiempo, la evolución de una a otra no fue siempre progresiva pues, como es lógico, hubo autores que no siguieron la tendencia imperante y se adscribieron a planteamientos propios de otros periodos, tanto anteriores, como posteriores –por ejemplo, defendiendo la libertad sexual cuando aún el bien jurídico protegido era la honestidad o el pudor–³⁵⁷.

Aun así, para facilitarnos la cuestión, vamos a ir viendo las principales posturas doctrinales de la forma descrita. De este modo, la primera y principal concepción del bien jurídico a proteger nos la da el propio tiempo histórico, las costumbres sexuales de esa época, así como su ubicación sistemática, pues recordemos que se encontraban

³⁵⁶ Vid. la reciente SSTS de 21 de mayo de 2019, en donde se recuerda la inexistencia actual de débito conyugal.

³⁵⁷ En el mismo sentido, NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit, p. 195.

incardinados en los denominados “*Delitos contra la honestidad*”³⁵⁸. Se entendía que, al realizar las conductas descritas, se estaba atacando a la honestidad y al pudor ajeno, entendidos como el respeto físico hacia uno mismo, la decencia sexual en sentido amplio, como aquel sentimiento de desagrado que el sujeto pasivo experimenta hacia el sujeto que intenta “gozar” de él sin su consentimiento³⁵⁹.

Posteriormente, una segunda corriente minoritaria, pese a la persistencia respecto a la protección de la honestidad o del pudor, empezó a admitir la libertad sexual como parte de un objeto jurídico complejo³⁶⁰. En primer término, se entendió que el bien jurídico no era único y que también protegía la libertad, no entendida como la autodeterminación de la propia sexualidad, sino como libertad general³⁶¹. Otros, empezaron a hablar de libertad sexual en el sentido de la libre disposición que emanaba del carácter personal y no general del bien jurídico protegido³⁶². Asimismo, una corriente minoritaria defendía la protección del sentimiento de decencia y moralidad en el ámbito sexual, así como las buenas costumbres³⁶³.

Finalmente, la opinión doctrinal mayoritaria apuntó, ahora sí, a la libertad sexual como el exclusivo bien jurídico a proteger en los delitos de violación y abusos deshonestos. Dado que, desde 1989 constituye el bien jurídico por excelencia y sin discusión, y aunque los debates doctrinales de la época son sumamente enriquecedores

³⁵⁸ El fundamento principal de aquellos que defendían la honestidad como el objeto jurídico protegido se centraba, precisamente, en la denominación legal de honestidad. Vid. CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, p. 25.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 27.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

³⁶² *Ibidem*, p. 26.

³⁶³ *Ibidem*, p. 27.

respecto a su concepto³⁶⁴, no considero necesario ahondar más en esta parte de la tesis, pues estudiaremos el bien jurídico protegido de los delitos de agresión y abuso sexual en el apartado correspondiente.

Lo mismo cabe decir de la opinión jurisprudencial que, en líneas generales, siguió la pauta descrita para la doctrina científica: de honestidad o pudor, e incluso las buenas costumbres, a la moral sexual individual y, finalmente, la libertad sexual.

³⁶⁴ Ibidem, pp. 27-43.

3.3.2. Los abusos deshonestos equiparados a la violación o “violentos”

Dado que esta modalidad delictiva de abusos deshonestos se equiparaba necesariamente, como requisito legislativo, a las formas comisivas del delito de violación, esto es mediante violencia o intimidación, cuando la víctima estuviese privada de razón o sentido, o fuese menor de doce años, sólo nos vamos a referir, como premisa, a aquellos aspectos que se diferencien de los que ya acabamos de exponer.

3.3.2.1. La conducta típica

En contraposición a la delimitación típica del delito de violación, la delimitación típica de los abusos deshonestos equiparados a éste resultaba más compleja en cuanto que, a priori, de la descripción legal del tipo, quedaban difusas las conductas a las que hacía referencia el legislador mediante el empleo de la expresión “abusar deshonestamente”.

Debemos recordar aquí que, a excepción del Código Penal de 1928, en donde se nos decía que abuso deshonesto sería cualquier conducta que no entrañase “*ánimo de acceso carnal*”³⁶⁵, el resto de Códigos se limitaban a reflejar que, “*el que abusara deshonestamente de persona de uno u otro sexo...*”³⁶⁶, cometería un delito de abusos deshonestos, pero sin hacer referencia, precisamente, a cuál era la conducta integradora de los mismos. Como consecuencia de la inexactitud legislativa y consecuente

³⁶⁵ Artículo 601 del Código Penal de 1928.

³⁶⁶ Artículo 355 del Código Penal de 1848, artículo 365 del Código Penal de 1850, artículo 454 del Código Penal de 1870, artículo 432 del Código Penal de 1932 y artículo 430 del Código Penal de 1944.

ambigüedad de la descripción típica³⁶⁷, se impuso, en cierta medida, una laguna legal que, a través de sus interpretaciones, doctrina y jurisprudencia tuvieron que ir supliendo³⁶⁸.

A sensu contrario, se entendía, entonces, y tomando como referencia la conducta de violación, por ser la que se encontraba limitada mas allá de toda duda, que abuso deshonesto era, en principio, todo comportamiento íntimo diferente que no estuviese destinado a consumir el yacimiento³⁶⁹.

De esta manera, abuso deshonesto fue definido como *“todo acto lúbrico, que no sea acceso carnal, realizado con cualquier persona y exteriorizado como manifestación del animo libidinoso, distinto al de yacer, que mueve al agente. En su concreta modalidad de violento, el abuso deshonesto se caracteriza por los especiales medios de ataque de que se vale el sujeto activo para perpetrarlo, los cuales, por expresa disposición del art. 430, son los que el artículo anterior, el 429, determina para el delito de violación en sus tres números: la fuerza o la intimidación (núm. 1.º), el encontrarse la víctima privada de razón o sentido (núm. 2.º), o el ser ésta menor de doce años cumplidos (núm.3º)”*³⁷⁰.

³⁶⁷ Que incluso llegó a ser justificada como consecuencia forzosa de la naturaleza de los delitos, que necesita de esta *“extensión, que de la prudencia de los Tribunales se valdrá oportunamente”*, vid. PACHECO, J. F., *Código penal comentado y concordado*, op. cit., p. 129. Por su parte, VIZMANOS T. M., y ALVAREZ MARTINEZ, C., entendían que *“todos aquellos actos contrarios a la honestidad que nuestras leyes habían distinguido con nombres propios, aquí omitidos como innecesarios, porque la palabra abuso es significativa y comprensiva de los que pueden ejecutarse respecto de uno u otro sexo”*, VIZMANOS T. M., y ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 375.

³⁶⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 55.

³⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, op. cit., p. 328.

³⁷⁰ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 55 y 56.

Es decir, de forma obligada, la conducta típica estaba integrada, por un lado, del contenido al que se dotaba el concepto de abuso deshonesto en sí, y, por otro, de la concurrencia de alguno de los tres supuestos que contemplaba el delito de violación. Incluso llegando algún autor a afirmar que el delito no consistía en la realización de los actos deshonestos en sí mismos considerados, sino en las circunstancias previstas para el tipo de violación³⁷¹. Asimismo, y como requisito exigido en el tipo como consecuencia, nuevamente, de su equiparación respecto a la violación, el consentimiento de la víctima era fundamental en lo que a tipicidad se refiere y es que, la conducta punible eran aquellos actos deshonestos que se realizaran “contra” su voluntad, mediante el empleo de violencia o intimidación, o “sin” ella, por la constatación de las circunstancias personales que en ésta concurriesen³⁷².

Jurisprudencialmente, se entendió que abuso deshonesto integraba todo acto o hecho atentatorio al pudor realizado contra o sin la voluntad del sujeto pasivo con fines impúdicos o lascivos de carácter grave, siempre que concurriera un “atentado al recato y pudor de otra persona, de uno u otro sexo, sin propósito de tener acceso carnal, que lastime y ofenda a la honestidad de su cuerpo³⁷³”.

En definitiva, y concretando lo anteriormente expuesto, la doctrina mayoritaria vino manteniendo como primer requisito indispensable para la apreciación del tipo la ausencia de yacimiento³⁷⁴. Esa ausencia de yacimiento se interpretó de diversas formas, como acto

³⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, op. cit., p. 328.

³⁷² “En una palabra, la característica esencial de este delito es, precisamente, la de su realización contra o sin el consentimiento de la víctima” CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 66.

³⁷³ SSTs de 17 de enero de 1969, 23 de febrero de 1970, 18 de octubre de 1971, 6 de abril de 1973 y 20 de diciembre de 1980.

³⁷⁴ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 68.

o actos impúdicos ofensivos al pudor ajeno³⁷⁵, actos “contra natura” distintos al coito por los que el agresor satisfacía sus “apetitos libidinosos”³⁷⁶, todos los demás tipos de tocamientos o contactos físicos sexuales que no implicasen violación³⁷⁷ e, incluso, desde una perspectiva subjetiva, como actos libidinosos siempre que en el sujeto no concurriese ánimo o intención de yacer³⁷⁸.

a) Necesidad de contacto corporal con la víctima

A pesar de los esfuerzos interpretativos, el debate respecto a su contenido perduró en el tiempo. Ejemplo de ello fue el referido a si el contacto corporal era o no requisito imprescindible para integrar la misma³⁷⁹ pues, desde la perspectiva de tipicidad, la conducta sexual que acabamos de exponer era demasiado amplia y abarcaba conductas de muy diversa naturaleza que, evidentemente, no solo dificultaban la interpretación de qué era una conducta susceptible de ser subsumida en el tipo penal, sino que, también, se castigaban con la misma penalidad conductas de diferente gravedad³⁸⁰.

En este sentido, la doctrina mayoritaria abogó como requisito indispensable el contacto corporal entre sujeto activo y pasivo³⁸¹. Se hablaba de la necesidad de un

³⁷⁵ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, op. cit., p. 598.

³⁷⁶ RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español, Parte Especial*, 8ª edición, Dykinson, Madrid, 1980, p. 366.

³⁷⁷ Calificando los abusos deshonestos como “atentado sexual menor”, en el sentido de que representaba una conducta parecida a la del delito de violación, pero sin “acoplamiento genital” ni intención de conseguirlo, vid. MUÑOZ SABATÉ, L., *Sexualidad y Derecho. Elementos de Sexología jurídica*, Rústica editorial, Barcelona, 1976, p. 250.

³⁷⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 69.

³⁷⁹ A favor, por todos, vid. ORTS BERENGUER, E. “Algunos aspectos del delito de abusos deshonestos”, en *Estudios Penales en memoria del Profesor Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 67 y ss.; en contra, por todos, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 78.

³⁸⁰ CARMONA SALGADO, C., “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, p. 70.

³⁸¹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 70 y 71.

“contacto efectivo”³⁸² entre ambos al entender que la conducta típica consistente en abusar deshonestamente de otra persona equivalía a realizar “actos corporales externos”³⁸³. De igual forma, la interpretación jurisprudencial mayoritaria, lo consideró indispensable a efectos de tipicidad³⁸⁴, siendo muy pocos los fallos en sentido contrario³⁸⁵.

Si bien es cierto que, dentro de la exigencia de contacto corporal, se abogaba por una ampliación extensiva de la misma, considerando que no era necesario que la parte del cuerpo a la que se dirigía la acción libidinosa tuviese que estar “desnuda”, ni tampoco ser una parte “sexual” de la víctima, siendo suficiente con que cualquier parte del cuerpo hubiese estado en contacto con la del agresor³⁸⁶.

De igual forma, eran admitidos los denominados contactos corporales “activos” y “pasivos”, aquellos ejecutados tanto por el agresor sobre el cuerpo de la víctima, como por ésta sobre el cuerpo de aquel³⁸⁷, o “recíprocos”, aquellos que consistían en actos deshonestos recíprocos y simultáneamente ejecutados entre ambas partes³⁸⁸.

La segunda postura doctrinal, minoritaria en aquel momento, y al contrario de lo expuesto, defendían la no exigencia del contacto corporal como requisito típico indispensable, pues exponían que el agresor podía obligar a la víctima a realizar “actos

³⁸² QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 789.

³⁸³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, op. cit. p. 328.

³⁸⁴ Entre otras muchas, vid., SSTS de 13 de mayo de 1965, 7 de febrero de 1976, 1 de marzo de 1977, 22 de enero de 1979, 6 de diciembre de 1979 o 14 de julio de 1986.

³⁸⁵ Vid., SSTS de 24 de marzo de 1971 y de 7 de diciembre de 1972.

³⁸⁶ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 72 y 73.

³⁸⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 361.

³⁸⁸ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 75.

impúdicos” sobre sí misma o “cualquier otra acción impúdica” que no implicase contacto corporal³⁸⁹.

b) Gravedad del acto y clases de actos que constituyen abusos deshonestos.

Interpretación jurisprudencial.

Dada la variedad de conductas que, de las consideraciones hechas, pueden ser susceptibles de conformar el tipo penal, es especialmente relevante estudiar la casuística para, así, poder observar cuales fueron, finalmente, los actos considerados abusos deshonestos. Pues bien, en este sentido, dos eran los requisitos exigidos: Que fuese una conducta gravemente obscena o impúdica, es decir, conformada por actividades o comportamientos deshonestos de cierta relevancia o gravedad³⁹⁰, y que socialmente se viera como tal³⁹¹.

Con esta premisa, ¿qué entendió el Alto Tribunal que eran conductas susceptibles socialmente de ser interpretadas como gravemente obscenas o impúdicas? Conductas tan variadas como lograr que un niño de cinco años le acariciara sus órganos genitales mientras éste tocaba y manoseaba distintas partes de su cuerpo tanto al niño, como a otra niña de seis años³⁹², alzar a una joven la sayas –faldas– y poner las manos en sus partes sexuales³⁹³, aproximar el pene a los órganos de una niña menor de 12 años³⁹⁴, actos de

³⁸⁹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op. cit., p. 598; CARMONA SALGADO. C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 78-80; SAINZ CANTERO, J.A., *Derecho penal*, op. cit., p. 598.

³⁹⁰ CARMONA SALGADO. C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 85.

³⁹¹ Vid., NÚÑEZ FERNANDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, op. cit, p. 159.

³⁹² SSTS de 11 de diciembre de 1979.

³⁹³ SSTS de 7 de noviembre de 1900.

³⁹⁴ SSTS de 15 de marzo de 1898.

sodomía realizados con un niño de ocho años³⁹⁵, tocar las piernas de una joven³⁹⁶, sentar sobre los muslos a una menor ejecutando actos impúdicos³⁹⁷... y así, multitud de conductas más. Y es que, no valía con cualquier acto aparentemente deshonesto, sino que lo jurídicamente relevante era la realización de un propósito lujurioso trascendente que revelase la existencia de ese dolo específico libidinoso, bien en los medios empleados, bien en los actos realizados o partes del cuerpo tocadas³⁹⁸.

En definitiva, podríamos decir que el elemento objetivo de los abusos deshonestos en base a la interpretación jurisprudencial, consistía en un *“quehacer directo sobre el cuerpo de otra persona o una exigencia de que el sujeto pasivo realice tocamientos deshonestos al autor de los hechos, siempre que no supongan yacimientos”*³⁹⁹, debiéndose cumplir, a parte de los recogidos en el tipo penal, *“un atentado al recato y pudor de otra persona, de uno u otro sexo, sin propósito de tener acceso carnal, que lastime y ofenda la honestidad de cuerpo, así como los sentimientos que lo protegen (elemento objetivo de la acción); y el ánimo o finalidad del agente de satisfacer un torpe deseo lúbrico (elemento subjetivo de lo injusto)”*⁴⁰⁰, que veremos en el apartado dedicado al mismo.

Por último, para finalizar con la recopilación de las conductas típicas que conformaban el delito de abusos deshonestos violentos, respecto a la fuerza, intimidación

³⁹⁵ STS de 27 de septiembre de 1913.

³⁹⁶ STS de 18 de diciembre de 1923.

³⁹⁷ STS de 27 de junio de 1891.

³⁹⁸ De este modo, por ejemplo, besar a una mujer sin que hubiera datos reveladores de un ulterior propósito, no se calificó como abuso deshonesto sino tan solo como falta. Entre otras, vid. SSTS de 28 de octubre de 1895, 21 de octubre de 1902, 17 de enero de 1969, 23 de febrero de 1970, 18 de octubre de 1971 y 6 de abril de 1973.

³⁹⁹ STS de 12 de noviembre de 1979.

⁴⁰⁰ STS de 20 de diciembre de 1980.

o privación de razón o de sentido, nos referimos a lo dicho supra para el delito de violación, por ser idénticas las consideraciones que deben hacerse al respecto.

3.3.2.2. *Los sujetos intervinientes*

Las categorías de sujeto activo y pasivo no estaban reservadas a un sexo concreto. Así se desprende del tenor literal de la ley –“*el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo...*”– y así fue interpretado de forma unánime por doctrina y jurisprudencia⁴⁰¹. Se entendía que los abusos deshonestos podían cometerse cuando un hombre abusaba de una mujer o de otro hombre, o cuando una mujer abusaba de un hombre o de una mujer⁴⁰². Esta afirmación tiene un mayor peso en lo que al sujeto pasivo se refiere, pues, al estar equiparado a la violación, cuyo sujeto pasivo solo puede ser una mujer, se desmarcaba de aquella, dando cabida al sexo masculino como sujeto pasivo.

Las condiciones concretas del sujeto activo –estado civil, condición, profesión, reputación y edad– eran, a priori, irrelevantes⁴⁰³, al igual que del sujeto pasivo –teniendo

⁴⁰¹ CARMONA SALGADO. C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 57; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op. cit., p. 598; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho Penal*, op. cit. p. 234; RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal*, op. cit., p 188; SAINZ CANTERO, *Derecho penal*, op. cit., p.; SANCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español*, op. cit., p. 303.

⁴⁰² Respecto a este último supuesto, algunos como PACHECO, J.F., no hicieron referencia expresa al mismo, y otros como JIMENEZ DE ASÚA, L., sostenían que las manifestaciones libidinosas realizadas con violencia por una mujer sobre otra tienen, en todo sentido, menos gravedad que los abusos deshonestos cometidos por un hombre sobre otro hombre. Aunque se entendía, entonces, que eran contrarios a derecho los abusos deshonestos entre personas del mismo sexo, debemos tener en cuenta, como premisa, sobre las interpretaciones doctrinales del momento, la época en las que fueron dadas y la consideración que de la homosexualidad se tenía, siendo incluso más denostada la homosexualidad femenina. En contra de la diferenciación cuando ambos sujetos eran mujeres, vid. CARMONA SALGADO. C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 58.; PACHECO, J.F., *Código penal comentado y concordado*, op. cit., p. 129; JIMENEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal concordado conforme al Código de 1928*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 223.

⁴⁰³ Afirmando dicho extremo, pero haciendo una llamativa reflexión sobre la patología criminal, “*desde un punto de vista criminológico, la patología criminal de los abusos deshonestos se extiende en la mayoría de casos a personas normales, que llevan una doble vida y ocultan una segunda personalidad delictiva. No suelen ser delincuentes habituales; de una parte, son personas honradas, casadas y con hijos, bien consideradas profesionalmente y con una vida intachable, y de otra, sexualmente imperfectas, inmaduras,*

en cuenta que la edad determinará la concurrencia del tipo equiparado a la violación de menor de doce años—. Lo que si se vino exigiendo es que, el sujeto pasivo, fuese una “*persona o individuo humano determinado*”, en el sentido de que “*los actos que integren el abuso deshonesto han de concretarse en manipulaciones activas o pasivas sobre la persona determinada o determinable*” para, de este modo, diferenciarlo del delito de escándalo público⁴⁰⁴. También se exigía que la persona fuese física y estuviese con vida, excluyéndose la necrofilia y la bestialidad⁴⁰⁵.

El grado de pudor personal, que el sujeto esté “corrompido” en el momento de ejecución del delito, o la moralidad de la víctima no influía, o de nuevo, no debía influir, en la consideración del delito⁴⁰⁶. Por último, y respecto a la realización de actos deshonestos sobre el cónyuge, a diferencia de lo sucedido con la violación, la casi totalidad de la doctrina resolvía el problema confirmando la existencia de delito de abusos deshonestos violentos⁴⁰⁷.

patológicamente desarrolladas, que han alimentado en su interior una inclinación que les lleva a cometer hechos alejados de su vida normal. De otra parte, suelen ser personas más bien mayores que jóvenes y especialmente ancianos (...) es concretamente en el supuesto de realización de actos deshonestos con niños con el que mayor claridad se manifiesta este fenómeno”. vid. CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 60.

⁴⁰⁴ Citando la SSTS de 25 de febrero de 1969, donde se declaró que “*el delito de abusos deshonestos del art. 430 del Código penal requiere siempre un destinatario personal, determinado o específico, como sujeto pasivo del que se haya abusado objetivamente*”, vid. *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰⁶ “*La prostituta puede ser perfectamente sujeto pasivo del delito*”, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, vid. *Ibidem*, p. 64.

⁴⁰⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., “*Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español*”, op. cit., p. 508.

3.3.2.3. *El bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido del delito de abusos deshonestos “violentos” era idéntico al bien jurídico protegido del delito de violación. No podía ser de otra forma cuando ambos compartían medios comisivos, pero, también, ubicación sistemática. De esta forma, recapitulando, vemos como bienes jurídicos protegidos, y comúnmente aceptados por doctrina y jurisprudencia, la honestidad y el pudor, pasando por otros cómo la decencia, la moral o las buenas costumbres, evolucionando posteriormente hacia la libertad sexual.

En este sentido, el Tribunal Supremo⁴⁰⁸ entendió que la honestidad constituía el bien jurídico protegido de los abusos deshonestos “violentos”⁴⁰⁹, aludiéndose en alguna ocasión al pudor o las buenas costumbres⁴¹⁰. Avanzado temporalmente el periodo estudiado, se aludía a la moral sexual individual concretada a través de la libertad sexual, definida como la “*facultad del sujeto a consentir o no los actos sexuales, desde los menos intensos hasta la plena consumación*”⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Sobre la doctrina jurisprudencial, vid. CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit. p. 42.

⁴⁰⁹ SSTs de 22 de diciembre de 1887, 25 de febrero de 1901, 5 de marzo de 1913, 16 de mayo de 1946, 10 de octubre de 1959, 15 de noviembre de 1967, 28 de octubre de 1970, 17 de febrero de 1975 y 16 de diciembre de 1976.

⁴¹⁰ SSTs de 24 de abril de 1925, 29 de octubre de 1930, 20 de junio de 1945 y 9 de febrero de 1960.

⁴¹¹ STS de 29 de marzo de 1972.

3.3.3. Los abusos deshonestos equiparados al estupro, “no violentos” o por prevalimiento o engaño

En el apartado dedicado a la evolución legislativa, vimos la regulación dada al delito de abusos deshonestos equiparados al estupro en cada Código penal que se fue sucediendo en el tiempo, hasta la reforma operada en la materia en 1978. Mediante dicha reforma, se redujeron los tipos penales a dos modalidades comisivas: El tipo de prevalimiento y el de engaño. Con ello se intentó paliar el excesivo casuismo del que habían venido siendo objeto y se agruparon en la que era la clasificación clásica que de ellos hacía doctrina y jurisprudencia.

Como consecuencia, y dado que no podemos olvidar que la finalidad de este apartado es la de recopilar los delitos que pueden ser equiparados con los actuales, vamos a recoger, precisamente, el delito de abusos deshonestos “no violentos” a raíz de la reforma de 1978, con algunas particularidades de la época anterior. Y ello por dos razones fundamentales: la configuración previa de los delitos, nos llevaría a estudiar modalidades comisivas, hoy en desuso, que extralimitarían el objeto de estudio. Y, además, las manifestaciones delictivas que interesan aquí son precisamente el prevalimiento y el engaño, pues son las que pueden ser equiparadas al artículo 182 del Código Penal vigente, cuya conducta típica es, precisamente, el abuso sexual cometido mediante engaño o abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia.

3.3.3.1. *La conducta típica*

La conducta típica de los abusos deshonestos equiparados al estupro, también denominados “no violentos” o “por prevalimiento” está integrada, como hemos venido diciendo, por la coincidencia en la ejecución de la misma de alguno de los supuestos expresamente tipificados para el delito de estupro⁴¹². La diferencia esencial con los abusos deshonestos “violentos” es que, mientras que éstos se realizan contra o sin la voluntad de la víctima, el abuso deshonesto “no violento” se ejecuta con el consentimiento del sujeto pasivo, el cual se consigue mediante engaño, real o presunto⁴¹³.

Del contenido típico, caben hacer las mismas consideraciones respecto al significado y alcance de “abusar deshonestamente” que las expresadas en el apartado anterior: Abusar deshonestamente comprende todo acto impúdico distinto al acceso carnal –por ser la conducta típica del estupro, igual a la del yacimiento en el delito de violación–entre los que se encuentran los tocamientos o contactos impúdicos⁴¹⁴, y con las particularidades allí expuestas.

Es decir, como premisa, podemos decir que integra cualquier acto deshonesto distinto al acceso carnal realizado con el consentimiento de la víctima, que aparece viciado o se considera inválido en virtud de los medios de comisión que caracterizan al estupro: El prevalimiento y el engaño.

⁴¹² CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 234.

⁴¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, op. cit, p. 803.

⁴¹⁴ Vid. SSTS de 26 de marzo de 1957, 21 de noviembre de 1972, 2 de mayo de 1974, 9 de mayo de 1974, 25 de mayo de 1976, 4 de junio de 1976 y 21 de diciembre de 1977.

a) El prevalimiento

A raíz de la reforma, dos eran los tipos de abusos deshonestos mediante prevalimiento, el tipo base, por el que el sujeto activo se valía de la “superioridad” respecto del pasivo, originada por “cualquier relación o situación”⁴¹⁵ y el tipo agravado, cuando fuese ascendiente o hermano del sujeto pasivo⁴¹⁶. Sin embargo, en las legislaciones precedentes, se hacía referencia expresa a la condición del sujeto activo, debiendo ser “*autoridad pública, sacerdote, tutor, maestro y encargado por cualquier título de la educación o guarda*” de la víctima, o “*doméstico*” o “*criado*”.

Como consecuencia de la alusión expresa del medio seductivo mediante el empleo del término estupro⁴¹⁷, respecto a la primera clase de sujetos activos, se exigía, o bien su concreción⁴¹⁸, o bien la referencia expresa al abuso de una situación determinada⁴¹⁹ y se consideraba que la exigencia de prevalimiento venía dada en los correspondientes tipos, debiendo verificar su existencia en cada caso⁴²⁰. Respecto a las figuras del “doméstico” o “criado”, parte de la doctrina y jurisprudencia ampliaron el tipo, en el sentido de que, en ciertas circunstancias, no se exigía la comprobación de la superioridad previa y prevalimiento posterior, de un sujeto respecto a otro⁴²¹.

⁴¹⁵ Artículo 434, párrafo primero.

⁴¹⁶ Artículo 434, párrafo segundo.

⁴¹⁷ Citando a BOIX REIG, J., “*ciertas interpretaciones desvalorizadas del término estupro y objetivizadoras de la estructura de los distintos tipos legales concluían que la exigencia del prevalimiento no se hallaba en todo caso en los correspondientes preceptos, o a lo sumo, que se encontraba implícita, no siendo necesaria su prueba, pues se presumía la presunción iuris et de iure*” BOIX REIG, J., “La reforma de los delitos de estupro”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 6, Madrid, 1979, p. 159.

⁴¹⁸ Artículos 434 y 435

⁴¹⁹ Artículo 436, párrafo segundo.

⁴²⁰ CARMONA SALGADO, C., Los delitos de abusos deshonestos, op cit., p. 245

⁴²¹ Ibidem, p. 245.

Esa situación se palió al introducirse el prevalimiento de forma expresa en el artículo 434, lo que provocó que la prueba de la existencia del mismo fuese parte imperante de la conducta típica. Entonces, sobre qué consideración tenía el prevalimiento, debemos acudir a la literalidad del precepto, el cual nos dice que era necesaria la existencia de “cualquier relación o situación” del sujeto activo y del pasivo, que fuese aprovechada por el primero, originando una relación de superioridad, que diese lugar como consecuencia a un prevalimiento de la misma.

Por lo tanto, se exigía una relación o situación preexistente, de cualquier clase, entre sujeto activo y pasivo, dando lugar a infinidad de supuestos concretos capaces de conformar el tipo. En este sentido, se creía que cualquiera de las circunstancias vistas con anterioridad a la reforma podían ser comprendidas y, además, se incluían todas aquellas nuevas situaciones que, originando la superioridad descrita, en el sentido de “cierta autoridad o preeminencia”⁴²² respecto a la víctima, y aprovechándose de ella, llevasen a cabo comportamientos lúbricos diferentes al acceso carnal.

En lo relativo al tipo agravado, la particularidad se encuentra en que la superioridad se originaba, precisamente, por el específico vínculo de parentesco, concretado en el ascendiente o hermano y, a sensu contrario, excluyendo las demás relaciones de parentesco no comprendidas en dichas categorías. Ahora bien, se consideraba que no era suficiente con la constatación dicho vínculo, sino que, como en el resto de situaciones típicas, era necesario que concurriese la situación de superioridad exigida en el tipo y que se prevaliese de la misma⁴²³.

⁴²² Ibidem, p. 246.

⁴²³ Ibidem, p. 247.

b) El engaño

El engaño, recogido legalmente bajo la expresión “interviniendo engaño”, era concebido como la inducción fraudulenta a error en la víctima, viciando el proceso volitivo e invalidando el consentimiento prestado⁴²⁴. A diferencia de lo que sucedió con el prevalimiento, la Reforma de 1978 recogió el engaño en idénticos términos⁴²⁵.

Engaño fue considerado tradicionalmente cómo “*la seducción que fascina, que cohibe y arrastra a una doncella a entregarse a un hombre por efecto de las circunstancias en que se encuentra colocada; ha de ser alguno de aquellos medios empleados, no por inexpertos y fogosos muchachos sino por hombres de edad madura y de costumbres viciadas, que hacen caer en artificiosas redes a inocentes criaturas. Ha de ser tal, finalmente, que, por la edad de la víctima y la del seductor o por las circunstancias respectivas de uno u otro se reconozca que ha debido existir engaño poderoso*”⁴²⁶.

Otros afirmaron que el engaño debía ser grave, en el sentido de que tuviera fuerza suficiente para “mover” a la víctima a someterse al agresor, y, criticando, la desaparición posterior de dicha caracterización tras la derogación del Código Penal de 1932⁴²⁷. Aludían a que fuese “eficaz e idóneo”, en el sentido de causa determinante y directa del “deshonesto uso del cuerpo ajeno”, consentido por su eficacia misma, el cual “no se habría tolerado de conocer la víctima su simulada falsedad”, lo que provocaba la

⁴²⁴ Ibidem., p. 259.

⁴²⁵ Artículo 436 párrafo primero del Código Penal de 1944, Artículo 435 de la Reforma de 1978.

⁴²⁶ VIZMANOS T. M., y ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 380 y 3981.

⁴²⁷ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op.cit., p. 624; SANCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal*, op. cit., p. 313.

exigencia de que el engaño empleado operase con anterioridad o coetáneamente al hecho⁴²⁸. Es decir, no valía cualquier “medio engañoso”⁴²⁹.

Si bien es cierto que, de la configuración legal del engaño, y de los abusos deshonestos en general, como se ha visto supra, se dejaba un amplio margen de interpretación jurisprudencial. En este caso, respecto a qué podía ser considerado engaño grave, eficaz e idóneo⁴³⁰, que fuese apropiado para conformar la conducta típica. Como consecuencia, resultaría imposible transcribir todos los engaños que fueron susceptibles de ser relevantes a efectos penales, pero si debe hacerse referencia al que, clásicamente, se consideró por doctrina y jurisprudencia como la manifestación de engaño más recurrente o característica: La promesa matrimonial incumplida. Es decir, aquellos casos en los que el sujeto pasivo, había accedido a realizar actos deshonestos bajo la promesa previa de matrimonio, realizada por el sujeto activo, que éste había utilizado con el fin único de realizar dichos actos.

Jurisprudencialmente se consideró que el engaño de promesa de matrimonio incumplida se integraba dentro de una determinada “moralidad”, sobre todo, en las “relaciones amorosas” o de “noviazgo”, que fue interpretada como una “promesa de matrimonio tácita”⁴³¹

⁴²⁸ CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 249 y 250.

⁴²⁹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op.cit., p. 624

⁴³⁰ En este sentido, Pacheco apelaba a “*la prudencia de los tribunales*” ya que “*lo que la ley dice deja mucho a su disposición, y es menester que se conduzcan de modo que empleen útilmente esta facultad (...). es menester acudir con el remedio oportuno para que no se multipliquen los engaños, y para esto no hay otro camino que poner coto al interés de ser engañados*”, vid. PACHECO, J.F, *El Código penal comentado y concordado*, op. cit., p. 136.

⁴³¹ CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 251.

En contra de la consideración tácita de la promesa de matrimonio se posicionó la mayoría de la doctrina, aludiendo que las formas de engaño tácitas podían llevar a aumentar los casos de abusos deshonestos fraudulentos, debiendo confirmarse que el engaño se efectuó de forma directa y expresa, y no “mediante la conducción que en la mujer se haya formado como consecuencia de una conducta más o menos seria o formal de unas relaciones de novios” y que, “las relaciones deshonestas distintas al acceso carnal que mantenga una pareja de novios en virtud de promesa matrimonial por parte del varón, posteriormente incumplidas, no tienen relevancia ni social ni jurídica”⁴³². Sobre todo, cuando antes de la reforma, la edad del sujeto pasivo era la comprendida entre los dieciséis y veintiséis años.

3.3.3.2. Los sujetos intervinientes

La Ley 46/1978, de 7 de octubre, introdujo importantes novedades en lo que a los sujetos se refiere, pues antes de ella el tipo penal derivaba de forma expresa a “las mismas personas” y en “iguales circunstancias” que las establecidas en el propio precepto y en los dos anteriores, lo que llevó a una interpretación restrictiva de los sujetos que, por la remisión expresa referida, se consideró eran los mismos que en el delito de estupro: Activo, hombre, y, pasivo, mujer.

Al reformarse el delito, se pasó de hacer referencia a las “personas”, a las “circunstancias”, y, por su parte, el delito de estupro, a “la persona que tuviera acceso carnal” y, de este modo, se ampliaron los sujetos: Cualquiera, hombre o mujer, podían

⁴³² BOIX REIG, J., “El delito de estupro fraudulento”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1979, pp. 820-822; QUINTAÑO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 803; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, op. cit., p. 338.

ser indistintamente sujeto activo o pasivo⁴³³ del delito de estupro y, como consecuencia, del delito de abusos deshonestos equiparados a éste⁴³⁴.

Por ende, también desaparecieron todas las circunstancias concretas que debía ostentar el sujeto activo –*autoridad pública, sacerdote, tutor, maestro y encargado, doméstico o criado*– y el pasivo –“doncellez” o “acreditada honestidad”–, con exclusión del tipo agravado, que si debía ostentar la condición de ascendiente o hermano.

En definitiva, el único requisito exigido era que el sujeto activo se hallase en posición de superioridad respecto al pasivo, con independencia del sexo de ambos, relación que podía nacer de cualquier situación, siempre que se prevaleciese de ella, tal y como hemos visto en la conducta típica.

3.3.3.3.El bien jurídico protegido

Dado que el tipo de abusos deshonestos no violentos se encontraba equiparado al delito de estupro, se debía delimitar primero cuál era el bien jurídico de éste, afirmando la casi totalidad de la doctrina, sobre todo a raíz de la reforma operada en 1978, que el

⁴³³ Con anterioridad a la reforma, la doctrina se encontraba dividida entre aquellos que consideraban que sujeto pasivo sólo podía ser una mujer, y los que incluían también al hombre. Crf. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 361; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op. cit., p. 627.

⁴³⁴ Vid. CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 236.

bien jurídico de uno y otro era la libertad sexual⁴³⁵, entendida como la facultad subjetiva de disposición del propio cuerpo a efectos sexuales⁴³⁶.

Ahora bien, dos eran las modalidades de estupro, el prevalimiento y el engaño y, dentro del prevalimiento, nos encontramos con la modalidad agravada de parentesco. En el prevalimiento genérico, la reforma operada también incidió en el bien jurídico pues la desaparición de las características de “doncellez”, “honestidad” o “acreditada honestidad” anteriormente exigidas en el sujeto pasivo, reforzaron la protección de la libertad sexual individual⁴³⁷ pues, en la anterior regulación, quedaban excluidas de la protección penal aquellas mujeres que carecieran los atributos exigidos por ley.

Por su parte, mayor debate doctrinal había respecto a los abusos deshonestos incestuosos⁴³⁸ pues frente a los que argumentaban que el bien jurídico protegido era el idéntico al del delito de estupro, y, por tanto, sería la libertad sexual⁴³⁹ otros consideraban el incesto como delito autónomo con un bien jurídico “exclusivo y distinto” al del estupro⁴⁴⁰. En este sentido, se introdujeron bienes jurídicos tales como la lesión del orden

⁴³⁵ BOIX REIG, J., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1, Madrid, 1978, p. 12; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., pp. 43-45; POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Universidad de Sevilla, 1975, pp. 63-59; SAINZ CANTERO, J.A., “La condición jurídica de la mujer en el Código penal español”, en Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada, Granada, 1975, pp. 227-229; SAINZ CANTERO, J.A., “La reforma del Derecho penal sexual”, op. cit., p. 255.

⁴³⁶ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 44; POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, op. cit. p. 63.

⁴³⁷ “Al eliminarse elementos del tipo carentes de autenticidad frente a un Derecho Penal que ha de ser ajeno a cualquier confusión entre Moral y Derecho”, vid. CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit. p. 48.

⁴³⁸ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “El delito de estupro-incesto”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1976, pp. 304-307.

⁴³⁹ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit. pp. 48- 50; CASABO RUIZ, J. R., “El parentesco adoptivo en el Código Penal Español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, p. 105; MORILLAS CUEVA, L., “El delito de estupro-incesto”, op.cit., p. 306; RODRIGUEZ DEVESA, J. A., *Derecho penal*, op. cit. p. 161.

⁴⁴⁰ MORILLAS CUEVA, L., “El delito de estupro-incesto”, op. cit., pp. 304 y 305.

moral y jurídico familiar⁴⁴¹, los vínculos naturales de consanguineidad⁴⁴², la moral sexual familiar o el orden familiar⁴⁴³.

Por su parte, resultaba más evidente la protección a la libertad sexual en los abusos deshonestos fraudulentos. La principal crítica aquí, y que ya expusimos en el apartado correspondiente, era la relativa a la apreciación de hipótesis que no reunían los caracteres necesarios para ser encuadradas en la estructura de engaño, mientras que otras susceptibles de integrarlo eran excluidas⁴⁴⁴.

Se reivindicó, en este punto, la libertad de los individuos, y sobre todo de las mujeres, que habían sido objeto de un derecho sumamente protector y paternalista, para mantener relaciones sexuales. Algo que evidenciaba, a parte de las características ya expresadas de “doncellez” o “honestidad”, las edades tenidas en cuenta para la apreciación del tipo que, en los tipos de abusos deshonestos por prevalimiento anteriores a la reforma, eran de hasta veintitrés años⁴⁴⁵ y que, hacía sospechar, que lo que verdaderamente se tutelaba eran los intereses de “determinada clase de hombre”, en cuanto indirectamente podían ser supuestamente lesionados por la conducta de la mujer⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, op. cit., Tomo II, p. 618.

⁴⁴² “No es tanto la honestidad la razón de ser de este delito como la *commixto sanguinis*, el atentado contra los vínculos naturales de consanguinidad”, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, op. cit., Tomo II, p. 392.

⁴⁴³ POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, op. cit. p. 70; SAINZ CANTERO, J. A., *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p. VIII/6.

⁴⁴⁴ “Resultado inevitable de la interpretación amplia reiterada por el Tribunal Supremo en lo que se refiere a la eficacia en la protección de la libertad sexual como interés tutelado, es el subsiguiente peligro que supone, dada la dificultad de la prueba del medio engañoso empleado, el sancionar automáticamente estas conductas objetivamente consideradas, viniendo a castigarse a la postre a individuos que no han atentado en absoluto contra la libertad sexual de otra persona” CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 51.

⁴⁴⁵ “El nuevo límite máximo de edad protegida –18 años– ha representado un progreso en cuanto a eficacia en la protección de la libertad sexual en relación con la tutela anteriormente dispensada que se extendía, nada menos, que hasta los 23 años de edad, límite de lo más contradictorio que hacía sospechar de una falsa protección de la mujer”, *Ibidem.*, p. 47.

⁴⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal Español”, op. cit., p. 31.

3.4. Aproximación a la delimitación típica y algunas características de los delitos de agresión y abuso sexual en el Código Penal de 1989: La libertad sexual como bien jurídico protegido

La reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, supuso un cambio radical en la tradición punitiva anterior y que veníamos heredando desde 1822. Se equipararon los sujetos activo y pasivo del delito, se admitió que el acceso carnal – nomenclatura que sustituyó a yacimiento– pudiera ser realizado tanto por vía vaginal como anal o bucal, se incluyó la introducción de objetos como parte del tipo de agresión sexual y se culminó con la lúbrica de delitos contra la libertad sexual.

Dos son los tipos penales o conductas típicas en cuestión. Por un lado, el delito de violación del artículo 429, y, por el otro, las agresiones sexuales del artículo 430. Este será el punto de partida y la división sistemática para proceder al estudio de los delitos equiparables a las agresiones y abusos sexuales.

Recordando que, dado que la reforma operada en los abusos deshonestos en 1978 ha formado parte del estudio de la etapa anterior, y no sufrieron reformas hasta 1995, Código penal actual y que veremos en el capítulo correspondiente, no haremos alusión a ellos en el presente apartado.

3.4.1. El delito de violación

3.4.1.1. La conducta típica

El artículo 429 contiene varias manifestaciones típicas diferenciadas. Por un lado, está el acceso carnal, que puede ser vaginal, anal o bucal⁴⁴⁷; y, por otro, los medios comisivos a través de los cuales, dichos accesos carnales, se consideraban violación, consistentes en el empleo de fuerza o intimidación, aquellos supuestos en los que la persona se hallase privada de sentido o se abusase de su enajenación o tuviese menos de doce años cumplidos, aun cuando no se diesen los dos medios anteriores⁴⁴⁸.

Ello llevó a afirmar a la doctrina mayoritaria que, la conducta típica del delito de violación, podía darse bien en relaciones heterosexuales, mediante el yacimiento vaginal, anal o bucal, bien en relaciones homosexuales masculinas, a través del acceso anal y oral. Quedando, de este modo, excluidas, las relaciones homosexuales femeninas, que quedarían encajadas en el tipo del artículo 430⁴⁴⁹.

La inclusión del vocablo “acceso carnal”, aunque extendió, evidentemente, la tipicidad a aquellas prácticas sexuales más allá de la vía vaginal, tales como la anal o la

⁴⁴⁷ “Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”. Artículo 430 del Código Penal de 1989.

⁴⁴⁸ “En cualquiera de los casos siguientes: 1. Cundo se usase fuerza o intimidación. 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”. Artículo 430 del Código Penal de 1989.

⁴⁴⁹ “La conducta homosexual femenina queda excluida propiamente del ámbito de aplicación del artículo 429, por no ser imaginable ni yacimiento ni acceso carnal alguno con sujetos activo y pasivo femenino. Luego los ataques a la libertad sexual femenina con tales sujetos, solamente tienen cabida en el artículo 430, tipo básico o cualificado, en el supuesto de que haya manipulaciones vaginales, anales orales con objetos”. vid., ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., pp. 589 y 560.

bucal, seguía condicionando el tipo de violación. Es decir, se admitían otras vías como parte de la conducta típica pero siempre entendiendo el acceso carnal como la introducción del pene en una de esas cavidades⁴⁵⁰. Doctrina minoritaria, sin embargo, abogaba por la inclusión de prácticas sexuales exclusivamente femeninas como parte de la conducta típica⁴⁵¹.

Los críticos con la reforma y con la interpretación restrictiva de acceso carnal, que, limitaba teóricamente a través de dicha fórmula al potencial sujeto activo hombre, aludieron a razones de discriminación, en el sentido de la exclusión tanto de las conductas en las que ambos sujetos eran mujeres, como, sobre todo, por la exclusión de aquellos supuestos en los que era la mujer la que “se hacía penetrar”⁴⁵².

En este sentido, entendía la doctrina mayoritaria que dichas conductas, tanto si eran hombre como mujeres, eran constitutivas de ataques menos graves a la libertad sexual, por lo que no podían integrar el tipo de violación⁴⁵³. Sin embargo, otro sector si les otorgaban la categoría de violación, por entender que resultaban igual de nocivas para la libertad sexual que aquellos consistentes en la introducción del pene en la cavidad bucal, que si eran considerados como típicos.

⁴⁵⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., pp. 589 y 560; BAJO FERNANDEZ, M., *La actualización del Código penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 30; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 115; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, en COBO DEL ROSAL, M., *Manual de Derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1993, p. 244;

⁴⁵¹ Vid., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 143 y 144.

⁴⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 31 y 32; B BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 142.

⁴⁵³ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., pp. 589 y 560; BAJO FERNANDEZ, M., *La actualización del Código penal*, op. cit., p. 30; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 115.

Ello lleva a otra problemática, y es que se criticó la equiparación del acceso vaginal o anal, al oral, alegando el diferente desvalor de las acciones descritas⁴⁵⁴. Y es que, se aludía, entre otras razones, a que dicha conducta se correspondía más con el tipo de abuso sexual que con el de violación⁴⁵⁵.

Para finalizar, debo referirme a lo expuesto supra en relación al resto de modalidades comisivas –fuerza, intimidación y privación de sentido– por no haber variado con la reforma, al igual que con la exclusión de la violación a menor de doce años.

a) Especial referencia al término “abusando de su enajenación” y supresión de “privada de razón”

El anterior término “privada de razón” se vinculaba a la enfermedad mental de la mujer y, como vimos, introducía un elevado grado de indefinición al haberse ampliado jurisprudencialmente las personas incluidas bajo tal requisito, provocando que se hiciese referencia simplemente a un estado objetivo del sujeto pasivo, sin especificarse las consecuencias que deberían derivarse en relación a la apreciación del delito. Es decir, sin pararse a analizar si en el caso concreto la persona se hallaba, efectivamente, privada de razón, o si ese estado del sujeto tenía efectos sobre su sexualidad⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F.; *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 158.

⁴⁵⁵ “Me he de mostrar contraria a que se contemple en el mismo tipo penal el yacimiento y la penetración o acceso oral o bucal. Desde luego por entender que tal conducta se corresponde más con el tipo de abuso sexual que con el de la violación, pero también por intuir que tal tipificación lo va a hacer prácticamente inoperante, por lo que va a resultar descriminalizada (...) tendremos que esperar a ver cual sea la aplicación que hagan los tribunales de este precepto, pero me cuesta pensar que una penetración bucal o un acceso carnal oral se vaya a castigar con una pena de doce años y un día a veinte años de duración”, vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 589.

⁴⁵⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., “Anotaciones a la reforma del Código Penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual”, en *Psiquiatría Forense*, Centro de estudios judiciales, colección de cursos, vol. 3., 1990, pp. 153 y 154; DÍEZ RIPOLLEZ, J.L., *La protección a la libertad sexual*, op. cit. pp.

Con la reforma operada, el término empleado para hacer referencia a la enfermedad mental cambió a “enajenación”, coincidente con la eximente de responsabilidad penal que, como vimos, era a la categoría a la que se comparaba el amplio término de “privada de razón”. Por, ello, al dotarse al ordenamiento jurídico penal de coherencia interna, la reforma fue aceptada positivamente por la doctrina mayoritaria⁴⁵⁷, entendiéndose que debería hacerse una interpretación análoga de ambas, restringiendo las enfermedades incluidas y exigiendo la incidencia de la enfermedad psíquica apreciada en el ámbito sexual⁴⁵⁸.

3.4.1.2. Los sujetos intervinientes

Una vez descrita y delimitada la conducta típica del nuevo delito de violación, los sujetos intervinientes quedan claros a la luz de lo expuesto. A diferencia de la legislación previa a la reforma de 1989, donde el sujeto activo podía ser exclusivamente el hombre y pasivo la mujer, al estar definida la conducta por el yacimiento, como coito vaginal, al ampliar dicho concepto y equipararlo al acceso carnal anal o bucal, tanto el hombre como la mujer podían ser sujetos pasivos del ilícito penal.

48 y 49; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La reforma del Derecho Penal sexual y la Propuesta de 1983”, en Documentación Jurídica, núm. 37/40, Monográfico, vol. 1, 1993, p. 467.

⁴⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, op. cit. pp. 35 y 36; BOIX REIG, J., ORTS BERENQUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 146.

⁴⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F.; *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 22.

No existía duda al respecto, y la totalidad de la doctrina estuvo de acuerdo con dicha ampliación. Y es que no solo de la interpretación literal del precepto quedaba claro dicho aspecto, sino que, la propia Exposición de Motivos lo afirmó⁴⁵⁹.

Y, la asimilación de la mujer como sujeto activo, se hizo depender del significado atribuido a acceso carnal. De la interpretación mayoritaria, debemos entender que sólo el hombre podía ser sujeto activo, pues sólo éste era capaz de ejecutar la conducta típica.

El extremo que ya sí, al protegerse la libertad sexual, quedó fuera de toda duda, fue el relativo a la violación entre cónyuges. Precisamente por dicha protección, el debate acerca del débito conyugal o de la falta de deshonestidad de la conducta consistente en imponer al otro cónyuge, mediante fuerza o intimidación, el yacimiento como parte de un “derecho” preexistente entre ambos, desapareció. Y es que, la protección a la libertad sexual se otorgaba a toda persona, por el simple hecho de serlo, con indiferencia de sus circunstancias personales y, por su puesto, estado civil⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ “Con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esta forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual”. Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

⁴⁶⁰Vid., GARCÍA GARCÍA, M. A., “Los delitos de violación y estupro en el proyecto de Código de 1992”, en Poder Judicial, n°28, 1992, p. 231.

3.4.2. El nuevo tipo de agresión sexual

3.4.2.1. La conducta típica

El nuevo artículo 430 recogía como manifestación típica de la recién estrenada nomenclatura “agresión sexual” todas aquellas “otras agresiones sexuales”, volviendo a hacer referencia a las “circunstancias” expresadas en el artículo 429. Es decir, que, a pesar de la novedad de la nomenclatura empleada, el legislador todavía equiparaba ambas, pues exigía para que concurriera el tipo que se dieran las modalidades comisivas de la violación⁴⁶¹.

Interpretando a qué se refería el legislador con aquella expresión, se llegó a la conclusión de que, a sensu contrario del artículo 429 y del propio artículo 430, debía consistir en toda clase de tocamientos del sujeto activo sobre el pasivo, o de éste sobre aquél⁴⁶² y, por tanto, venía a sustituir al antiguo delito de abusos deshonestos. En consecuencia, del tenor literal de la ley, el tipo básico del delito de agresión sexual abarcaba, en principio, cualquier comportamiento de carácter lúbrico que fuese distinto tanto del delito de violación, como del tipo agravado de agresión sexual. Pues de su descripción, no se apuntaban más límites que los que acabamos de ver.

⁴⁶¹ Criticando la inexactitud de dicha manifestación vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 590.

⁴⁶² “Las manifestaciones de tal conducta típica son, en una interpretación a sensu contrario de los artículos 429 y 430, párrafo segundo, cualquier abuso sexual que no consista en acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal, ni en agresión que consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios, luego toda clase de tocamientos del sujeto activo sobre el pasivo, o de éste sobre aquél”. Ibidem, p. 590.

De nuevo, la vaguedad descriptiva originó la necesidad de un ejercicio de concreción que permitiese delimitar el contenido típico para, así, fijar que comportamientos podían ser subsumidos en el mismo y cuáles debían ser excluidos, por no tener la suficiente entidad para lesionar la libertad sexual ajena –por ser, precisamente, el nuevo bien jurídico protegido–. Tres se perfilaron como las cuestiones principales: El carácter sexual del comportamiento, la gravedad del mismo y la necesidad de contacto corporal entre agresor y víctima. Podemos ver cómo, en esencia, la problemática era prácticamente idéntica a la ya vista para los abusos deshonestos.

La primera característica típica se topó con una primera dificultad derivada de la objetividad que pretendía darse a un plano que, eminentemente, era subjetivo. Pues, ¿en base a qué criterio se establece la percepción lúbrica que un sujeto pueda darle a un determinado comportamiento? Pero, en sentido contrario, ¿se puede establecer como premisa válida en un sistema jurídico con todas las garantías, la aceptación del carácter delictivo de cualquier conducta que a un sujeto le parezca sexualizada? Como puede observarse, la cuestión no estaba exenta de dificultad.

Sin ánimo de entrar en dicho debate que, en todo caso, se realizará en el epígrafe dedicado a la regulación actual, tomaremos como referencia el criterio más comúnmente empleado en la época que consistió en admitir que, cualquier acción que resultase idónea para excitar o satisfacer el “apetito sexual” del sujeto activo podría ser encuadrada como agresión sexual⁴⁶³.

⁴⁶³ ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 99.

En segundo término, respecto a la gravedad del comportamiento, que, vino a resolverse a través de criterios ya empleados como la duración de la conducta, la parte del cuerpo afectada⁴⁶⁴ o la potencialidad implícita de la práctica o del comportamiento sexual en cuestión para afectar de modo relevante a la sexualidad ajena⁴⁶⁵, no se aportó prácticamente nada nuevo a lo ya visto en la conducta de abusos deshonestos.

De esta forma, podemos concluir que cualquier práctica que afectase a los órganos genitales o zonas erógenas —entre otras, los pechos o las nalgas—, podían ser considerados y eran aceptados por la doctrina⁴⁶⁶ y jurisprudencia⁴⁶⁷ mayoritaria, como comportamientos susceptibles de ser integrados en la conducta típica desde el criterio de la gravedad de la conducta. Sin embargo, y jurisprudencialmente hablando, existían variedad de posicionamientos en lo que a la duración mínima del comportamiento se refiere, o incluso en la apreciación de conductas como besos o tocamientos de otras partes del cuerpo diferentes a las descritas⁴⁶⁸.

Por último, la exigencia de contacto físico entre víctima y agresor no varió a lo ya dicho en la época anterior, por lo que nos remitimos a los planteamientos allí expuestos para más abundamiento.

⁴⁶⁴ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, pp. 88 y ss.

⁴⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F.; *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 40

⁴⁶⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del Código penal*, op. cit., p. 32; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, op. cit., pp. 31 y 32; BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 142; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 124; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, op. cit., p. 274.

⁴⁶⁷ Entre otras muchas, SSTS de 7 de diciembre de 1989, de 19 de junio de 1992, de 22 de marzo de 1991, 6 de noviembre de 1992, o de 23 de abril de 1993.

⁴⁶⁸ ORTS BERENGUER, E., y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 57 y ss.

3.4.2.2. *La conducta típica del subtipo agravado de agresión sexual*

La principal novedad legislativa⁴⁶⁹ respecto a las conductas de agresión sexual, vino con la aprobación de un subtipo agravado apreciable en aquellos casos en los que la conducta consistiera en introducción de objetos o cuando se empleasen medios modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

La primera modalidad agravada, que no especificaba en su contenido los orificios en los que podían ser introducidos los objetos, fue interpretada unánimemente por la doctrina mayoritaria como la acción consistente en insertar en el orificio vaginal, anal o bucal, un objeto inanimado que emulase el órgano sexual masculino⁴⁷⁰, como no podía ser de otro modo, dada la consideración doctrinal dada al delito de violación y la remisión expresa que el artículo 430 recogía respecto al 429.

Tampoco hubo debate doctrinal en cuanto a qué conductas típicas eran las contenidas en la expresión “medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”, ya que se interpretó de forma conjunta en el sentido de equiparación a la agravante genérica de ensañamiento⁴⁷¹ para aquellos casos en los que, el agresor, utilizaba medios no necesarios para la imposición del comportamiento sexual querido, humillando o vejando a la víctima de una forma que extralimitaba lo “aceptable”.

⁴⁶⁹ Respecto a la comparativa entre las diferentes concepciones que el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, y el Anteproyecto de Ley Orgánica de 1983 plantearon respecto a la graduación de las conductas sexuales, vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., *passim*.

⁴⁷⁰BAJO FERNANDEZ, M., *La actualización del Código penal*, op. cit., p. 33; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, op. cit., pp. 41 y 42; BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., pp. 154 y 155; BUSTOS RAMIREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 124; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, op. cit., p. 276.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

3.4.2.3. Los sujetos intervinientes

Los sujetos de la agresión sexual resultaban totalmente indiferenciados, pudiendo ser sujetos activos o pasivos tanto mujeres como hombres, de forma indistinta. Pues, a diferencia de la violación, cuya conducta típica condicionaba los sujetos intervinientes, la conducta lúbrica necesaria para conformar el tipo de agresión dejaba abierta cualquier posibilidad⁴⁷².

Y, como ya se vio en el delito de violación, la capacidad para ser sujeto pasivo ya no estaba condicionada, por cuestiones personales inherentes al mismo, profesionales, o estado civil.

3.4.2.4. El bien jurídico protegido: La libertad sexual

Las reformas operadas en la materia afectaron profundamente a la concepción del objeto jurídico de los delitos sexuales en general, y de los delitos de agresión y abuso sexual en particular. En esta primera etapa, bajo mi punto de vista, se inició la tendencia actual, aunque el verdadero cambio de paradigma se afianzó en 1995.

Si bien es cierto que se concluyó el debate preexistente respecto a cuál debía ser el bien jurídico a proteger, iniciándose el camino constitucional de la protección de la

⁴⁷² BAJO FERNANDEZ, M., *La actualización del Código penal*, op. cit., p. 33; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 38; BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 151; BUSTOS RAMIREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 124; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, op. cit., p. 277.

autodeterminación de la sexualidad propia que, hasta este momento, aunque autores ya lo perfilaban como tal, no tenía un respaldo legislativo.

La anterior protección de la honestidad, y la referencia que de ella se hacía en el propio epígrafe de los Códigos, vino siendo criticada por la doctrina durante un largo periodo⁴⁷³ –incluso siendo considerado el bien jurídico protegido– hasta el cambio definitivo operado en la materia. Las críticas eran de variada índole, pero destacaban aquellas que se referían al entendimiento de la honestidad como una cualidad de la mujer⁴⁷⁴ que debía formar parte de su personalidad. Lo que provocaba que, ese concepto de honestidad individual pudiera ser destruido por actos que realizara el propio individuo y no por las eventuales conductas sexuales que pudieran realizar sobre el mismo⁴⁷⁵. Se entendió, pues, que no podía ser requisito necesario la honestidad del sujeto pasivo del delito.

En definitiva, se quiso adecuar el Derecho penal sexual a los “*principios que inspiran una sociedad pluralista, que se ha querido eludir todo intento de moralización de los ciudadanos*” a través del mismo, entendiendo que debían ser penas exclusivamente aquellas conductas que imposibilitaran el libre ejercicio de la sexualidad,

⁴⁷³ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit. pp. 24-25; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El Derecho penal ante el sexo*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 206-207; GARCÍA VALDES, C., “Notas sobre el Proyecto de Código Penal”, en Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, p. 16; GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código Penal español*, op. cit. 225-231; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª edición, Universidad de Sevilla, 1983, pp. 341-345; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, op. cit., pp. 14-15.

⁴⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit. p. 15.

⁴⁷⁵ A ello se sumaba que, únicamente de un modo impropio, podría afirmarse que niños pequeños o personas oligofrénicas profundas, incapaces de “*una exacta conciencia del propio sexo y de experimentar y comprender la esencia de esa característica*” mereciesen el calificativo de “*honestas*”, vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código Penal español*, op. cit. pp. 225 y 226.

“a tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente”⁴⁷⁶. Pues, la autorrealización personal del individuo se perfila como una finalidad primordial que debe regir dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho que, en ese momento, ya estaba consagrado por la Constitución de 1978, por lo que, la protección otorgada a los delitos sexuales no podía quedarse anclada en el pasado, en donde se confundía Moral y Derecho.

De este modo, protegiendo la libertad sexual por encima de otros valores, la intervención penal sólo quedará legitimada cuando, precisamente, se lesione la libertad sexual ajena. En ese sentido, fue a raíz de 1989 cuando los delitos de agresión y abuso sexual tuvieron, por primera vez, la verdadera garantía de orientarse hacia la salvaguarda de la autodeterminación sexual, pues es el propio sistema el que ve esa prerrogativa como un derecho fundamental del individuo. En definitiva, la libertad sexual se impuso como el bien jurídico protegido por excelencia⁴⁷⁷

En definitiva, y a expensas de un mayor desarrollo respecto del objeto de protección de la norma en Derecho vigente, se entendió que la libertad sexual tenía dos vertientes, una positiva y otra negativa⁴⁷⁸, en cuanto comprendía tanto la libre disposición del individuo de sus propias “potencialidades sexuales”, como el “aspecto defensivo”, en cuanto a derecho de la persona a no verse implícitamente comprendida en un contexto sexual por otra sin su consentimiento⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit. pp. 20 y 21.

⁴⁷⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, op. cit., p. 588; BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 150; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pp. 266 y 267.

⁴⁷⁸ “*Que no han de considerarse opuestas, sino complementarias*”; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual*, op. cit. p. 23.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 23.

CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO CONTINENTAL

1. Cuestiones previas: Convenio de Estambul y elección de los países análogos a España

Uno de los principales argumentos empleados en la justificación del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual se erige en la corrección de la legislación patria como consecuencia de la pretendida adaptación al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, suscrito en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 6 de junio de 2014⁴⁸⁰, más conocido y, en adelante, Convenio de Estambul, además de en ciertas recomendaciones efectuadas a España⁴⁸¹.

Si bien, las recomendaciones vinculantes sobre la implementación del Convenio de Estambul, adoptado a través de un comité entre España y el Consejo de Europa el 15 de

⁴⁸⁰ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976.

⁴⁸¹ Tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW), la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, y el Convenio sobre la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia). Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual. En palabras del legislador, “*mecanismos de Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces (...) A pesar de los avances, el abordaje integral de las violencias sexuales, cometidas contra las mujeres, las niñas y los niños, en cualquier ámbito de relaciones o por parte de desconocidos, constituye, actualmente, un desafío pendiente al que esta ley pretende dar respuesta (...) Por último, ha de señalarse que el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, expresa su preocupación por la concentración de esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina, cuestiones a las que esta ley hace frente*”, Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual.

diciembre de 2020, en lo relativo a los delitos de agresión y abuso sexual, están orientadas, principalmente, a la recopilación de datos e implementación del sistema judicial español⁴⁸². En este sentido, más esclarecedor para el objeto de estudio, resulta el informe del GREVIO⁴⁸³, que animaba a España a modificar el Código Penal para que se cambiase la configuración legislativa del consentimiento, en el sentido de que se incluyese específicamente cualquier anuencia del mismo, aun sin resistencia de la víctima. Si bien, dicho estudio carece de efectos vinculantes para España.

Pero, ¿cuáles son los preceptos del Convenio de Estambul que afectan a los delitos en cuestión? Dos son los artículos a tener en cuenta, el artículo 3 a), en donde se encuentra

⁴⁸² “8. *Velar por que los esfuerzos realizados en la recogida y difusión de datos se extiendan a todas las formas de violencia contra la mujer, en particular a la violencia sexual, el matrimonio forzoso y la mutilación genital femenina (párrafo 57); y mejorar la recopilación de datos en cada una de las etapas de los procesos penales, así como sobre las resoluciones de divorcio y custodia de los hijos a fin de poder valorar la forma en cómo los juzgados españoles garantizan la seguridad de las mujeres y los niños afectados por la violencia doméstica en ese contexto (párrafo 63); 9. Garantizar que, como parte de la formación del poder judicial prescrita por la ley, se aborden todas las formas de violencia contra la mujer contempladas por el Convenio de Estambul, en particular la violencia sexual, así como las dinámicas psicológicas que envuelven la violencia en el ámbito de la pareja, la violencia tras una separación, los efectos de la violencia en los niños (víctimas y testigos), y la prevención de la victimización secundaria (párrafo 98); 10. Establecer estructuras de cooperación interinstitucional entre las agencias estatales y otras agencias relevantes en relación con la violencia sexual, el acoso sexual, el acecho, el matrimonio forzoso, la mutilación genital femenina y el aborto forzoso / esterilización forzosa utilizando la perspectiva de género para entender estas formas de violencia y la necesidad de favorecer el empoderamiento de las víctimas (párrafo 137 y más específicamente en relación con la violencia sexual y la violación: párrafo 152) y al mismo tiempo garantizar la disponibilidad de servicios de apoyo especializados para todas las formas de violencia, en particular la de los centros de ayuda de emergencia para casos de violación y violencia sexual, con suficiente distribución geográfica (párrafos 158 y 174)”. Vid. Comité de las Partes. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), Recomendaciones sobre la implementación en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, p. 4.*

⁴⁸³ El GREVIO, en su recomendación 224, “*anima a las autoridades españolas a que prosigan con las modificaciones del Código Penal a fin de que el delito de violación tipifique la falta de consentimiento de forma que se pueda articular en la práctica de forma eficaz por las fuerzas de seguridad, la fiscalía y el poder judicial. El objetivo pasa por garantizar la aplicación de sanciones apropiadas para todos los actos de naturaleza sexual sin consentimiento de la víctima, incluso en ausencia de resistencia de la víctima y cuando las circunstancias del caso impidan un consentimiento aceptable*”. Vid. Grupo de expertas en la lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO), Convenio de Estambul, Consejo de Europa, Primer informe de evaluación, España, Secretaría del mecanismo de seguimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 25 de noviembre de 2020, p. 76.

definida la violencia contra la mujer y el artículo 36, que establece, respecto a la violencia sexual, “*incluida la violación*”, lo siguiente:

“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;*
- b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;*
- c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.*

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”⁴⁸⁴.

De los tres puntos expuestos, es la configuración del consentimiento, o más bien, la forma de prestarlo o exteriorizarlo, y cómo se encuentra recogido en el Código Penal lo que ha suscitado una mayor problemática⁴⁸⁵. Este punto será analizado con mayor precisión en los capítulos dedicados a la regulación actual y al Proyecto de Reforma. Si bien, lo interesante, entonces, está en observar no sólo cuál es la legislación de los principales países europeos análogos a España en la materia, y proceder al estudio del Derecho comparado, sino también ver si ésta se encuentra adaptada al Convenio de Estambul en los términos expuestos. En definitiva, cómo se regulan respecto a su tipicidad las agresiones y abusos sexuales y, sobre todo, el consentimiento y los medios comisivos en los principales países europeos, que también deben adaptarse al Convenio de Estambul.

⁴⁸⁴ Artículo 36 del Convenio de Estambul.

⁴⁸⁵ Pues resulta evidente que lo dispuesto en los artículos 36.1 a), b) y c), y 36.3 se cumple con creces en la configuración legal española.

Los países que han sido elegidos son Alemania, Italia, Francia, Suecia, Islandia y Finlandia. El primero, por su indudable rigor en cuanto a materia penal se refiere; Francia, por su proximidad territorial; Italia, por sus similitudes con España; y, alguno de los países nórdicos, por las novedades legislativas que intentaron introducir en la materia, como la posible consideración de un tipo imprudente.

2. Alemania

El Strafgesetzbuch -en adelante, StGB- regula los homólogos delitos de agresión y abuso sexual bajo la denominación de violación, coacción y agresión sexuales en la Parte Especial, Sección decimotercera, “*Delitos contra la autodeterminación sexual*”, en los artículos 177 y 178. Dichos artículos fueron objeto de una sustancial reforma aprobada por el Bundestag el 7 de julio de 2016⁴⁸⁶, entrando en vigor en noviembre de 2016, y que cambió la configuración del consentimiento, así como los medios comisivos, prescindiendo de la violencia e intimidación como elementos formadores del tipo, y derogando lo dispuesto para los abusos sexuales en el artículo 179⁴⁸⁷.

La reforma supuso un auténtico cambio de paradigma, alejándose del tradicional modelo de coacción. Y es que, la antigua conducta recogida en el artículo 177 StGB, se aplicaba en aquellos casos en los que el agresor había coaccionado a la víctima con fuerza, amenazas o aprovechando una situación de desprotección⁴⁸⁸. Sin embargo, con la actualización, se adoptó un sistema de “*no significa no*”⁴⁸⁹, superando la dicotomía de abuso y coacción sexual, incluida la violación, introduciendo un nuevo delito denominado

⁴⁸⁶ Ley conocida como “*no es no*” y que introdujo un endurecimiento de las penas a raíz del famoso caso de Colonia, que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2015, donde varias mujeres fueron víctimas de tocamientos no consentidos por parte de varios hombres que las rodearon y sorprendieron, dando lugar a numerosas demandas sociales de reforma. Al igual que en España, se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Convenio de Estambul y, de igual manera, varias ONG y organizaciones alemanas, como la Asociación de Abogadas y el Instituto Alemán de Derecho Humanos, organizaron diversas campañas públicas a favor de una reforma legislativa en la materia.

⁴⁸⁷ Con anterioridad a la reforma, bajo la rúbrica “de la coacción sexual y de la violación”, se castigaban aquellas conductas típicas consistentes en, mediante violencia, amenaza, o con aprovechamiento de una situación de desprotección de la víctima frente al autor, realizase actos sexuales sobre una persona, o obligase a ésta a practicarlas sobre su persona, o practicarlas o sufrirlas por un tercero.

⁴⁸⁸ HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, en *German Law Journal*, vol. 18, núm. 6, 2017, p. 1310.

⁴⁸⁹ “The 2016 reform adopted a “no-means-no” model and overcame the traditional dichotomy of either sexual abuse or sexual coercion”, vid. HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1314.

agresión sexual. En definitiva, como vamos a ver a continuación, la negativa de la víctima se configuró como el único requisito necesario para configurar el tipo, quedando el resto de los elementos integrantes de la conducta típica como circunstancias agravantes⁴⁹⁰.

Así, en primer término, el primer párrafo del artículo 177 del StGB recoge la definición del tipo base del delito de agresión sexual, de la siguiente forma:

*“(1) Toda persona que, en contra de la voluntad aparente de otra, realice o haga que se realicen actos sexuales en esa persona o haga que esa persona realice o tolere actos sexuales en o por una tercera persona será castigada con una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”*⁴⁹¹.

La conducta típica queda, entonces, circunscrita a aquellos actos sexuales, de cualquier clase, practicados en contra de la voluntad aparente de la víctima, con independencia de los medios comisivos o de la forma de vencer el consentimiento, que el sujeto activo bien realiza sobre el pasivo, bien obliga a que los realice, siendo indiferente si recaen en la persona del sujeto activo, del pasivo o de un tercero.

¿Cuáles son las conductas típicas abarcables por la ley? Con anterioridad a la reforma, como hemos dicho, únicamente se encontraban incluidas aquellos casos de contacto corporal entre sujeto activo y pasivo, mientras que, a raíz de la misma, se incluyen aquellos supuestos en los que se obliga a la víctima a realizar el comportamiento sexual sobre sí misma, aunque no implique tocar el cuerpo de la otra persona⁴⁹². Se

⁴⁹⁰ HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1309.

⁴⁹¹ Artículo 177 (1) del StGB.

⁴⁹² HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1319. *Ibidem.*, p. 1319.

diferencian, de este modo, cualquier tipo de acto sexual, incluidos el acceso carnal que, como veremos a continuación, conforma el tipo agravado de violación.

El resto de las variantes de la conducta típica, intentan abarcar los posibles escenarios delictuales, en hasta seis variantes diferentes. La primera de ellas, descrita en el parágrafo segundo del artículo 177 recoge ciertas circunstancias punibles, que se suman al tipo base:

“(2) También será un delito punible que una persona realice actos sexuales sobre otra persona o haga que dicha persona realice actos sexuales sobre otra persona o haga que dicha persona realice o tolere actos sexuales de una tercera persona si

- 1. El autor se aprovecha del hecho de que la persona es incapaz de formar o expresar una voluntad contraria,*
- 2. El autor se aprovecha del hecho de que la persona está considerablemente limitada para formar o expresar su voluntad debido a su estado físico o mental, a menos que se haya asegurado del consentimiento de esa persona,*
- 3. El agresor aprovecha el elemento sorpresa,*
- 4. El agresor se aprovecha de una situación en la que se amenaza a la víctima con un daño grave si se resiste, o*
- 5. El agresor ha coaccionado a la persona para que realice o tolere el acto sexual amenazándola con un mal grave”⁴⁹³.*

Estamos ante una doble vertiente comisiva. Por un lado, aquellas situaciones en las que el agresor se aprovecha bien de la incapacidad, por cualquier causa, de formar o expresar una voluntad contraria a la realización de la conducta lúbrica, bien de la limitación para formarla o expresarla como consecuencia de su estado físico o mental, a excepción de que ésta haya consentido expresamente⁴⁹⁴. Asimismo, si la incapacidad para

⁴⁹³ Artículo 177 (2) del StGB.

⁴⁹⁴ Estas conductas típicas, con anterioridad a la reforma, formaban parte del tipo de abuso sexual del artículo 179 StGB, actualmente derogado. Por su parte, las conductas típicas de abuso sexual actual, contenidas en el artículo 174 StGB, poco tienen que ver, más allá de la nomenclatura empleada, con los abusos sexuales recogidos en el Código Penal español.

formar o expresar la voluntad se debe a una enfermedad o discapacidad de la víctima, la pena privativa de libertad será no inferior a un año⁴⁹⁵. Y, por otro, aquellas en las que media un elemento sorpresa, amenaza de un daño físico grave como consecuencia de la resistencia, o coacción a través de la amenaza de un mal grave. La introducción del elemento sorpresa es una de las principales novedades legislativas, y hace referencia aquellas situaciones en las que la víctima no puede expresar la falta de consentimiento por falta de tiempo.

En síntesis, tenemos en un mismo tipo penal tres manifestaciones típicas basadas, todas ellas, y por diferentes motivos, ya sea por su estado mental o físico, por estar amenazada o coaccionada, o por mediar elemento sorpresa, en la incapacidad de la víctima para prestar consentimiento.

El modelo legislativo alemán recoge, en consecuencia, una definición genérica del consentimiento, en el sentido de voluntad aparente, para, después, especificar en qué situaciones concretas, con independencia de que puedan darse otras, se entiende la ausencia de dicho consentimiento –incapacidad del sujeto pasivo, condición física o mental, elemento sorpresa, amenaza o coacción–. De esta forma, lo relevante para conformar el tipo es, precisamente, la ausencia de consentimiento o la negativa de la víctima a practicar los actos sexuales pretendidos por el agresor, y no el estado de la víctima o los medios empleados por el agresor.

⁴⁹⁵ Artículo 177 (4) del StGB.

El consentimiento, sin embargo, y a diferencia de la pretendida reforma española, está basado en un modelo negativo: Debe existir constancia de la oposición de la víctima, ya sea porque haya expresado su negativa de forma expresa, o porque se deduzca de su comportamiento⁴⁹⁶. La anuencia de consentimiento debe ser “reconocible”, sin que se exija una negativa expresa. Es decir, la víctima posee la obligación de comunicar la negativa, que, por regla general, debe ser expresada por palabras o gestos, sin que deba existir una resistencia física por parte su parte. En definitiva, cualquier señal de rechazo, por cualquier motivo, resulta suficiente para conformar el tipo penal⁴⁹⁷.

En este sentido, y sobre qué puede entenderse por negativa “reconocible”, se teorizó sobre si, en una interpretación amplia del vocablo, se considerarían incluidas todo tipo de circunstancias por las que la víctima podría no haber prestado su consentimiento; mientras que, en una interpretación restringida, sólo importarían las palabras, los gestos y la conducta de la víctima⁴⁹⁸.

Siguiendo con la regulación legal de los delitos en cuestión, además de la agravación de la pena recogida en el párrafo cuarto del artículo 177, vista supra, y que opera en aquellos casos en los que la incapacidad de expresar la voluntad se debe a una enfermedad o discapacidad de la víctima, varios son los tipos cualificados, de aplicación

⁴⁹⁶ VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, en Diario la Ley, nº9263, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, p. 9.

⁴⁹⁷ HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1319.

⁴⁹⁸ Para HÖRNLE, T., resulta evidente que el enfoque restrictivo era la intención del legislador: “*If one reads the legislative materials, it is evident that the narrow approach was intended. All examples refer to the victim’s communication, including gestures and behavior such as crying*”. Ibidem., p. 1320.

si se da “coacción sexual” o violación u otro delito especialmente grave⁴⁹⁹. El primero de ellos queda recogido de la siguiente forma:

“(5) Se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a un año si el delincuente

1. Utiliza la violencia contra la víctima,

2. Amenaza a la víctima con un peligro actual para su vida o su integridad física,
o

*3. Aprovecha una situación en la que la víctima está indefensa ante la acción del agresor”*⁵⁰⁰.

Es decir, la pena privativa de libertad será no inferior a un año –recordemos que el tipo base impone una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años–, si el agresor emplease violencia contra la víctima con el fin de realizar los actos sexuales, amenaza de peligro actual para su vida o integridad física, o se aprovecha de una situación en la que la víctima está indefensa ante la acción del agresor. Esta configuración evidencia, como se dicho al inicio del apartado, que los medios comisivos no son parte integradora del tipo penal, sino únicamente circunstancias agravantes.

A continuación, para los casos particularmente graves, se prevé una pena privativa de libertad no inferior a dos años. ¿Cuáles son los casos que el legislador alemán considera particularmente graves?:

“(6) (...) Por regla general, se considerará que existe un caso especialmente grave si

1. El delincuente realiza o hace que se realicen relaciones sexuales con la víctima o realiza o hace que se realicen actos sexuales similares sobre la víctima que sean especialmente degradantes para ésta, en particular si implican la penetración del cuerpo (violación), o

⁴⁹⁹ “Sexual assaults will be punished more seriously if aggravating circumstances turn them into sexual coercion or rape or another especially serious crime”, vid..HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1324.

⁵⁰⁰ Artículo 177 (5) del StGB.

2. *El acto es cometido conjuntamente por varias personas*”⁵⁰¹

La violación queda definida, de esta forma, por la fórmula de penetración del cuerpo –lo que históricamente ha sido entendido como acceso carnal–, de cualquier clase, por lo que podrá ser vaginal, anal o bucal, e incluidos los objetos. Por tanto, y de nuevo, la violación, se configura no como un delito o tipo penal autónomo, sino como un supuesto agravado del tipo base de agresión sexual, como una manifestación más de la conducta típica. Lo mismo que sucede en el modelo legislativo español.

Pues bien, y con independencia de los anteriores ilícitos, incluidos los dos tipos agravados que acabamos de ver, existen otros dos tipos cualificados en función que concurrirán en función del comportamiento del agresor o de las consecuencias que la agresión provoque en la víctima:

“(7) Se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a tres años si el delincuente

- 1. Lleva un arma u otra herramienta peligrosa,*
- 2. Lleva un instrumento o medio para impedir o vencer la resistencia de otra persona por la fuerza o la amenaza de fuerza, o*
- 3. Pone a la víctima en peligro de sufrir graves daños a la salud.*

(...)

(8) Se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a cinco años si el delincuente

- 1. Utiliza un arma u otro instrumento peligroso en la comisión del delito, o*
- 2. La víctima*
 - a) Ha sufrido graves maltratos físicos durante la comisión del delito; o*
 - b) Pone a la víctima en peligro de muerte al cometer el delito”*⁵⁰²

⁵⁰¹ Artículo 177 (6) del StGB.

⁵⁰² Artículo 177 (7) y (8) del StGB.

Es decir, se diferencia la mera tenencia de un arma o herramienta peligrosa, o instrumento o medio, destinado a vencer la resistencia de la víctima por la fuerza o la amenaza de ésta, o si la pone en peligro de sufrir graves daños para la salud, de la efectiva utilización de los medios o de la causación de lesiones.

Por último, se recoge un tipo atenuado por el que la pena será rebajada en diferentes marcos penológicos en función de la menor entidad de los tipos descritos anteriormente:

“(9) En los casos menores de los apartados (1) y (2), se impondrá una pena de prisión de tres meses a tres años; en los casos menores de los apartados (4) y (5), se impondrá una pena de prisión de seis meses a diez años; en los casos menores de los apartados (7) y (8), se impondrá una pena de prisión de un año a diez años”⁵⁰³.

Por su parte, el artículo 178 sanciona la misma conducta típica que el artículo 177, pero de ésta tiene lugar la muerte de la víctima:

“Si el autor causa, al menos de forma imprudente, la muerte de la víctima mediante la agresión sexual, el asalto sexual o la violación (artículo 177), la pena es de cadena perpetua o de prisión no inferior a diez años”⁵⁰⁴.

Como resulta evidente a la luz de la redacción de los tipos, los sujetos intervinientes no se encuentran restringidos en cuanto al género o condiciones específicas que deban poseer –a excepción de los trastornos o afecciones mentales, que ya han quedado reflejadas–. En consecuencia, podrán ser tanto sujeto activo como pasivo,

⁵⁰³ Artículo 177 (9) del StGb.

⁵⁰⁴ Artículo 178 del StGb.

hombres o mujeres. Respecto al bien jurídico protegido, se trata de la autodeterminación de la propia sexualidad, en idénticos términos a la libertad sexual.

En definitiva, y en comparación con la legislación española, vemos como el modelo alemán se encuentra basado principalmente en el consentimiento expresado en forma de negativa, siendo incluidos en el mismo tipo penal tanto el acceso carnal, anal, vaginal o bucal, bien por introducción del órgano sexual del sujeto activo, bien por la introducción de objetos, o cualquier otro tipo de acto sexual –no incluidos los tocamientos, que como veremos, forman parte del tipo de acoso sexual–, que pueden ser realizados por el sujeto activo realice sobre el pasivo, por el pasivo sobre el activo, por el pasivo sobre sí mismo o sobre terceras personas. De igual manera, las modalidades comisivas simplemente agravan la pena, pero no configuran la concurrencia del ilícito penal.

2.1. Breve mención de los abusos sexuales

La configuración legal de los abusos sexuales en la legislación alemana, aunque comparta nomenclatura con la española, está bastante alejada de lo que entendemos por abuso sexual que, como ha quedado reflejada, se encuentra incluida en el artículo 177 StGB. ¿Qué entiende el StGB por abuso sexual? El artículo 174 recoge aquellas conductas consistentes en abusar sexualmente de personas a cargo, entendidas como personas menores de dieciocho años que están a cargo del sujeto activo en virtud de educación,

cuidado, relación formativa, servicio laboral, abuso de una dependencia asociada a la relación formativa, de servicio o laboral, o que sea su descendiente⁵⁰⁵.

Por su parte, el artículo 174 a), regula los abusos sexuales de los reclusos, los que están bajo custodia oficial, o los enfermos que se encuentren internados en una institución estatal; el artículo 174 b) los abusos sexuales utilizando un cargo oficial; el artículo 174 c) los abusos sexuales usando una relación de consejería, tratamiento o cuidado, debido a una enfermedad o discapacidad psicológica, incluida la adicción.

2.2.El acoso sexual: El Artículo 184i del StGB

El término acoso sexual, es utilizado por la legislación alemana para definir aquellos tocamientos sexuales no consentidos y se encuentran recogidos en el artículo 184i, en los siguientes términos:

“(1) Toda persona que toque físicamente a otra persona de manera sexualmente explícita y, por tanto, la acose, podrá ser condenada a una pena privativa de libertad no superior a dos años o a una pena pecuniaria, a menos que el delito sea punible con una pena más severa en virtud de otras disposiciones de esta sección.

(2) En casos especialmente graves, la pena privativa de libertad será de tres meses a cinco años. Por regla general, existe un caso especialmente grave si el delito es cometido conjuntamente por varias personas”.

Pues bien, hasta el 2016, el Código Penal alemán carecía de una prohibición que abordara estos tipos de conductas y, los tocamientos, no eran considerados delitos en la mayoría de los casos. Y ello, dado que la legislación alemana tenía un elevado umbral en

⁵⁰⁵ Artículo 174 (1) del StGB.

lo que a las conductas susceptibles de integrar los tipos de delitos sexuales, debiendo ser actos sexuales de cierta importancia en relación con el bien jurídico protegido⁵⁰⁶.

El tipo penal requiere que el sujeto activo toque el cuerpo de la víctima de forma sexualmente determinada, lesionando la autodeterminación de su sexualidad, que resulta ser el bien jurídico protegido. Respecto a qué actos pueden ser considerados como sexualmente determinados, el legislador no lo especifica por lo que debe entenderse en el sentido amplio del término.

Por su parte, la referencia a los tocamientos sexuales grupales fue una respuesta a los sucesos ocurridos en Colonia, a los que ya se han hecho referencia, ampliando el alcance de los sujetos que pueden llegar a participar en los mismos.

506 “German law has a high *de minimis*-threshold in the chapter on sexual offenses. Sexual offenses presuppose sexual acts “which are of some importance regarding the protected legal interest. With reference to this restriction, German courts have refused to convict men who groped women’s breasts or genitals if the victims were dressed, unless they used brutal force”. Vid. HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, op. cit., p. 1326.

3. Italia

El Código Penal italiano recoge los delitos de agresión y abuso sexual, bajo la denominación de violencia sexual, en el Libro Segundo, “*De los delitos en particular*”, Capítulo III, “*De los delitos contra la libertad individual*”, Título XII, “*De los delitos contra la persona*”, Sección II, “*De los delitos contra la libertad personal*”, artículo 609 bis, en los siguientes términos:

“El que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales será castigado con pena de prisión de cinco a diez años.

La misma pena se aplicará a quien induzca a alguien a realizar o someterse a actos sexuales:

- 1) Abusando de la inferioridad física o mental de la persona ofendida en el momento del acto;*
- 2) Engañando a la persona ofendida sustituyéndose por otra persona.*

En los casos de menor gravedad, la sanción se reducirá en una cantidad no superior a dos tercios”⁵⁰⁷.

Esta configuración conjunta de los delitos de agresión y abuso sexual surgió como consecuencia de la promulgación de la Ley nº 66 de 15 de febrero de 1996 y de la posterior reforma operada a través de la Ley nº 69 de julio de 2019, más conocida como Ley del *Código Rosso*.

La conducta típica integradora del tipo base consiste en, mediante violencia, amenaza, o abuso de autoridad, obligar a otra persona a realizar o someterse a actos sexuales, pudiendo ser comparado con el tipo de agresión sexual del Código Penal

⁵⁰⁷ Artículo 609 bis del Código Penal Italiano.

español. Y, en segundo término, abarca la inducción a realizar o someterse a actos sexuales abusando de las condiciones de inferioridad física o mental de la víctima en el momento del evento o engañándola por haber sustituido al culpable por otra persona, pudiendo ser comparado, de nuevo, con el tipo de abuso sexual del Código Penal español. De ahí que digamos que la legislación italiana sigue un modelo unitario de regulación de las posibles conductas sexuales⁵⁰⁸.

Pues bien, la violencia puede consistir en cualquier acto realizado por el sujeto activo que pretenda limitar la libertad del sujeto pasivo y que provoque, contra su voluntad, el sometimiento a los actos sexuales. La violencia, por tanto, comprende no sólo en el ejercicio de fuerza física o coacción material, sino también de cualquier acto o hecho realizado por el agresor que tenga como fin restringir la libertad del sujeto pasivo, que se ve obligado, contra su voluntad, a someterse a dichos actos sexuales⁵⁰⁹.

Es lo que se denomina para la doctrina italiana como violencia sexual por constricción, en donde se define el ejercicio de la fuerza física con la cual el agresor trata de contrarrestar la resistencia de la víctima, a través de la amenaza, o con la advertencia expresa de que, en caso de oposición a la violencia, se dañará a la víctima o a otras

⁵⁰⁸ Para VALLEJO TORRES, C., la regulación unitaria de ambas conductas típicas responde “*a un intento de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro*”, VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, op. cit, p. 10.

⁵⁰⁹ ZADRA, C., “Cuestionario sobre criminalización y enjuiciamiento de la violación. Definición y alcance de las disposiciones del derecho penal italiano”, en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/RapeReport/Others/011-italy.pdf> (consultado a 23/01/2022), pp. 9 y 10.

personas o cosas y finalmente; y por abuso de autoridad, en el sentido de coaccionar la voluntad de la víctima usando su posición de superioridad o preeminencia⁵¹⁰.

Por amenaza se entiende el anuncio de un mal sobre el sujeto pasivo que va a materializarse si éste no consiente a realizar los actos sexuales. Es decir, consiste en la perspectiva de un mal injusto y considerable (por parte del agente) como consecuencia de la negativa a someterse a la conducta. Y, al igual que en la anterior modalidad comisiva, esta es denominada violencia sexual por inducción, comprendiendo tanto aquellos casos en los que la víctima se encuentra en posición de inferioridad, física o mentalmente, respecto del agresor, como aquellos casos en los que éste miente al primero sobre su identidad⁵¹¹.

Se trata, en definitiva, de abusar de la inferioridad física o psíquica de la víctima, es decir, el aprovechamiento de las condiciones particulares en las que ésta se encuentra, no siendo relevante si ese estado de deficiencia física o psíquica concurre en la víctima a causa de una enfermedad mental. Eso sí, la condición de inferioridad debe existir en el momento del acto sexual y se refiere no sólo a la condición de minusvalía o deficiencia por patologías orgánicas o funcionales, *“sino también a la situación de carencias afectivas y familiares”*⁵¹².

⁵¹⁰ ZADRA, C., “Cuestionario sobre criminalización y enjuiciamiento de la violación. Definición y alcance de las disposiciones del derecho penal italiano”, op. cit., p. 10.

⁵¹¹ La referencia no es tanto a la sustitución física como a la falsa atribución de generalidades, estatus, calificaciones y cualidades personales.

⁵¹² ZADRA, C., “Cuestionario sobre criminalización y enjuiciamiento de la violación. Definición y alcance de las disposiciones del derecho penal italiano”, op. cit., p. 10.

Por tanto, el apartado segundo incluye dos hipótesis de violencia sexual por inducción, es decir, llevada a cabo no mediante una acción directa sobre la persona ofendida, sino según métodos específicamente descritos capaces de influir en la voluntad de la víctima, que sustituyen al derogado delito de presunta violación de conformidad con el artículo 519, apartado 2.

Asimismo, el abuso de autoridad comprende tanto los casos en los que el sujeto activo explota su posición de superioridad respecto de la víctima, que puede darse por cualquier clase de relación, como aquellos casos en los que el sujeto activo ostenta la posición de funcionario público⁵¹³.

En síntesis, tres son las conductas que se toman en consideración, por un lado, la violencia sexual por coacción, llevada a cabo mediante violencia, amenazas o abuso de autoridad, y, por otro, la violencia por inducción, mediante abuso de la inferioridad física o psíquica de la persona ofendida, o por engaño, como resultado de la sustitución del ofensor por otra persona. Además, se considera condición necesaria que el acto sexual esté asociado a la coacción del sujeto pasivo, que puede producirse a través de la violencia física sobre la persona o las cosas, las amenazas, entendidas como violencia moral, y el abuso de autoridad, ya por autoridad pública⁵¹⁴ o privada⁵¹⁵.

Pero, ¿qué se entiende por actos sexuales? Aquellos actos que expresan un “apetito” o un “deseo sexual”⁵¹⁶ y abarcan, por tanto, todo tipo de actos sexuales, tanto

⁵¹³ Ibidem, p. 10.

⁵¹⁴ Por ejemplo, hacia un interno de un Centro Penitenciario.

⁵¹⁵ Por ejemplo, en una relación laboral de superioridad.

⁵¹⁶ “*Que por lo tanto se refieren a diferentes zonas erógenas, adecuadas al mismo tiempo para invadir la esfera sexual del sujeto pasivo por medio de restricciones*”, vid., ZADRA, C., “Cuestionario sobre

el acceso carnal, entendido “*como cualquier forma de interpenetración corporal que permite el coito o un equivalente anormal de él*”⁵¹⁷, y que, por tanto, incluye el vaginal, anal o bucal, y también la introducción de objetos, como cualquier otra forma de contacto corporal que tenga una finalidad sexual. Dos son, en este sentido, las exigencias típicas: El contacto corporal entre agresor y víctima, y que se realice la acción con conciencia y voluntad de realizar un acto invasivo de la esfera sexual del sujeto pasivo, sin el consentimiento de éste⁵¹⁸.

Es decir, el concepto de actos sexuales incluye todo tipo de acto no consentido en el que intervenga el cuerpo de la persona ofendida, y que se realice con la conciencia y la voluntad de realizar un acto invasivo de la esfera sexual. Lo relevante, entonces, está en determinar si del conjunto de la conducta, del contexto en el que se produjo la acción, de las relaciones entre las personas implicadas, resulta que la sexualidad del sujeto pasivo se ve indebidamente comprometida.

El legislador italiano ha optado, en consecuencia, por una definición omnicomprendensiva que sustituye a la anterior, y es que, antes de la reforma operada, la configuración legal se centraba en la distinción entre la conjunción carnal (entendida como cualquier forma de interpenetración corporal que permita el coito o un equivalente anormal del mismo), y los actos violentos de lujuria (entendidos como cualquier forma de contacto corporal distinta de la penetración que, por la forma en que se produce,

criminalización y enjuiciamiento de la violación. Definición y alcance de las disposiciones del derecho penal italiano”, op. cit., p. 8.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 8.

⁵¹⁸ “*Incluso un beso o un abrazo pueden comprometer la libertad sexual del individuo, si, en consideración de la conducta general, el contexto en el que tuvo lugar la acción, las relaciones entre las personas involucradas, surge un compromiso indebido de la sexualidad del sujeto pasivo*”, vid., ibidem, p. 9.

constituye una manifestación inequívoca de intoxicación sexual)⁵¹⁹. Dicotomía que, en la actualidad, se encuentra superada.

En lo relativo al consentimiento, y a diferencia del modelo alemán, el italiano lo regula en sentido positivo. Por lo tanto, lo relevante es que el sujeto pasivo preste su consentimiento desde el inicio de la relación sexual hasta el final, sin que quede definido de alguna forma, más allá de que sea otorgado de forma válida y consciente. Por ende, debe darse durante toda la duración de la relación sexual y no sólo al principio, lo que significa que el delito puede ser cometido cuando el consentimiento dado inicialmente se pierde por un cambio de opinión o por un desacuerdo sobre la forma en que la finalmente se acabó consumando la relación sexual. Además, debe darse de forma válida y consciente⁵²⁰.

Siguiendo con la configuración legal de los delitos sexuales en cuestión, se incluye un tipo privilegiado para aquellos tipos de “*menor gravedad*”, reduciéndose la pena, que para el tipo base es de cinco a diez años, en una cantidad no superior a dos tercios, es decir, una pena mínima de un año y ocho meses de prisión. Se trata de una circunstancia atenuante con efectos especiales en virtud del artículo 63 del Código Penal italiano, que se produce cuando, con referencia a los medios, las modalidades y las circunstancias de la acción, se considera que la libertad personal o sexual de la víctima se vio limitada de una forma más leve.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 10.

⁵²⁰ Ibidem, p. 10.

Y es que, resulta coherente la introducción de este correctivo, que intentó paliar la imposición de idénticas penas a conductas con diferente gravedad. Si bien, bajo mi punto de vista, se trata de una previsión demasiado amplia que deja en manos de los tribunales enjuiciadores qué debe entenderse por una conducta de menor entidad y que, en la realidad práctica, puede llegar a incluirse conductas menores dentro de la pena recogida para el delito base y, de igual manera, conductas relevantes penadas con una pena menor a la que debería haberse impuesto.

En este sentido, los Tribunales italianos han venido entendiendo que las conductas consistentes en acceso carnal, en todas sus formas comisivas, son aquellas que deben penarse con la recogida para el tipo base, mientras que el resto de comportamientos –por ejemplo, tocamientos–, quedan circunscritos dentro de la pena reducida. En síntesis, el sistema penal italiano define de forma unitaria todas aquellas conductas que menoscaben la libertad sexual de la víctima⁵²¹.

Por su parte, el artículo 609 ter, contempla las circunstancias agravantes respecto de la conducta base:

“La pena establecida en el artículo 609-bis se incrementará en un tercio si se cometen los hechos previstos en el mismo

1) Contra una persona de la que el autor es ascendiente, padre, incluido el padre adoptivo, o tutor;

2) Con el uso de armas o de sustancias alcohólicas, estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias gravemente perjudiciales para la salud del ofendido;

3) Por una persona que se disfraza o se hace pasar por un funcionario público o un responsable de un servicio público;

4) Sobre una persona que, en cualquier caso, está sujeta a limitaciones de la libertad personal;

⁵²¹ En el mismo sentido, vid. VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, op. cit., p. 10.

5) *En una persona menor de dieciocho años;*

5-bis) En el interior o en las inmediaciones de un centro de enseñanza o de formación al que asista la persona ofendida;

5-ter) Hacia una mujer embarazada;

5-quater) Hacia una persona de la que el agresor es cónyuge, aunque esté separado o divorciado, o una persona que está o ha estado vinculada a la misma por una relación de afecto, incluso sin convivencia;

5-quinquies) Si el delito es cometido por una persona que es miembro de una organización criminal y con el propósito de facilitar su actividad;

5-sexies) Si el delito se comete mediante violencia grave o si se causa un daño grave al niño como consecuencia de la repetición de la conducta;

5-septies) Si el acto causa peligro para la vida del niño.

*La pena establecida en el artículo 609-bis se incrementará en la mitad si los actos mencionados en el mismo se cometen contra una persona menor de catorce años. La pena se duplica si los actos mencionados en el artículo 609-bis se cometen contra una persona menor de diez años*⁵²².

De igual forma que sucedió con tipo atenuado, con la reformulación operada en la materia, se quiso endurecer el tratamiento punitivo previsto para las conductas especialmente lesivas para la libertad sexual de las personas. El precepto en cuestión recoge una serie de circunstancias agravantes específicas del delito de violencia sexual a las que se refiere el artículo 609 bis, y que se entienden que aumentan el perjuicio provocado en la libertad sexual de la víctima. Puede observarse como, mientras alguna se caracteriza por la forma comisiva –véase el uso de armas, sustancias alcohólicas, estupefacientes u otros instrumentos o sustancias gravemente o el uso de disfraz–, otras por las consecuencias causadas o las características de la persona ofendida.

Por último, respecto de los sujetos activo o pasivo, excepto la condición de funcionario público en aquellos casos de abuso de autoridad, podrán ser, de nuevo, tanto sujetos activos como pasivos, tanto hombres como mujeres, pues las categorías no se

⁵²² Artículo 609 ter.

encuentran limitadas por características que éstos deban cumplir. Y, el bien jurídico protegido, como bien se desprende de su ubicación sistemática, es la libertad sexual, en el sentido de autodeterminación de la propia esfera sexual y los actos que la constituyen⁵²³.

Sintetizando, en el modelo penal italiano tenemos, por un lado, a un sujeto activo, que puede ser hombre o mujer, y por otro un sujeto pasivo que, de igual forma, puede ser hombre o mujer, que obliga, mediante violencia, intimidación o abuso de autoridad, o en los supuestos especiales vistos supra, a éste último, bien a realizar actos sexuales, bien a soportarlos y, evidentemente, en el sentido amplio de significado de acto sexual, incluyendo tanto el acceso carnal, vaginal u bucal, como todas aquellas otras conductas distintas. Como ya se ha dicho, la eliminación de la distinción autónoma en tipos diferenciados de ambas conductas tuvo lugar con la reforma operada en 1996, dichas conductas se regulaban de forma autónoma.

⁵²³ Como ha podido verse, para el Derecho Penal italiano, el delito de violencia sexual forma parte de los delitos contra la libertad sexual, como bien jurídico protegido, que, a su vez, integra la categoría más amplia de delitos contra la libertad individual.

4. Francia

La legislación penal francesa recoge los delitos de agresión y abuso sexual bajo la nomenclatura de agresión, de la cual se desprenden la violación y el resto de agresiones sexuales, en la Parte legislativa, Libro II, “*Delitos y faltas contra las personas*”, Título II, “*Delitos contra la persona humana*”, Capítulo II, “*De los ataques a la integridad física o psíquica de la persona*”, Sección 3, “*Violación, incesto y otras agresiones*”, en los artículos 222-22 y siguientes. Dicha regulación fue modificada sustancialmente por la reciente Ley n°2021-478 de 21 de abril de 2021, y se encuentra vigente desde el 23 de abril de 2021.

En este sentido, el Código penal francés distingue entre dos conductas típicas diferenciadas. Por un lado, se encuentran las agresiones sexuales, definidas como cualquier atentado sexual cometido por violencia, coacción, amenaza o por sorpresa, y, por otro, tenemos la conducta de violación, entendida como el acceso carnal de cualquier naturaleza, incluido el vaginal, anal, bucal, o introducción de objetos, cometido, de igual forma, sobre persona ajena con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa. Por lo tanto, la diferenciación entre ambas conductas está en los concretos actos realizados, y no en los medios comisivos, que son idénticos para ambos.

Así, en primer lugar, el artículo 222-22 establece como tipo base la siguiente conducta típica:

“La agresión sexual es toda violación sexual cometida con violencia, coacción, amenaza o sorpresa o, en los casos previstos por la ley.

La violación y otras agresiones sexuales están constituidas cuando han sido impuestas a la víctima en las circunstancias previstas en esta sección,

independientemente de la naturaleza de la relación entre el agresor y la víctima, incluso si están casados.

Cuando las agresiones sexuales sean cometidas en el extranjero contra un menor por un nacional francés o por una persona que resida habitualmente en territorio francés, se aplicará la ley francesa como excepción al segundo párrafo del artículo 113-6 y no se aplicará lo dispuesto en la segunda frase del artículo 113-8”⁵²⁴.

Dos son las particularidades en comparación con las legislaciones que ya hemos estudiado. En primer lugar, se especifica que las características del agresor o de la víctima o la relación entre ellos es indiferente para conformar el tipo penal, incluyendo la relación matrimonial. En segundo lugar, se incluye una disposición de derecho procesal, en cuanto que se especifica la ley a aplicar si el sujeto activo es extranjero y el pasivo nacional francés. Respecto a la conducta típica, ésta queda supeditada a los medios comisivos, que son la violencia, la coacción, la amenaza o la sorpresa.

El siguiente artículo, el 222-22-1 no hace más que aclarar lo ya dispuesto en la conducta típica, en cuanto que se especifican aspectos típicos o comisivos:

“La coacción prevista en el primer párrafo del artículo 222-22 puede ser física o moral.

Cuando los actos se cometen contra un menor, la coacción moral a la que se refiere el primer párrafo de este artículo o la sorpresa a la que se refiere el primer párrafo del artículo 222-22 pueden resultar de la diferencia de edad entre la víctima y el autor y de la autoridad de hecho o de derecho que éste tiene sobre la víctima, caracterizándose esta autoridad de hecho por una diferencia significativa de edad entre el menor y el adulto.

⁵²⁴ Artículo 222-22 del Código Penal Francés.

Cuando los actos se cometen contra un menor de quince años, la coacción moral o la sorpresa se caracterizan por el abuso de la vulnerabilidad de la víctima que no tiene el discernimiento necesario para estos actos”⁵²⁵.

Es decir, específicamente se deja constancia de que la coacción podrá ser física o moral, y, además, en vez de tipificar las agresiones sexuales cometidas contra menores de edad en un tipo independiente, se incluyen en el tipo base junto con las agresiones sexuales cometidas contra mayores de edad.

Por su parte, el artículo 222-22-2, sigue en la línea de lo anterior, y establece lo siguiente:

“También es una agresión sexual obligar a una persona, mediante violencia, coacción, amenaza o sorpresa, a someterse a una agresión sexual por parte de un tercero o a llevar a cabo dicha agresión sobre la persona.

Estos actos se castigan con las penas previstas en los artículos 222-23 a 222-30 en función de la naturaleza de la infracción sufrida y de las circunstancias mencionadas en estos mismos artículos.

La tentativa de cometer el delito previsto en este artículo se castigará con las mismas penas”⁵²⁶.

De nuevo, nos encontramos con otra particularidad, y es que, la tentativa, será castigada con idéntica pena que el delito consumado, cuando, como es lógico, en el resto de las legislaciones, incluida la española, la tentativa tendrá una pena menor. Y, de nuevo, se vuelve a dejar constancia expresa de que la agresión sexual podrá ser cometida por un tercero sobre la víctima, o sobre la víctima por un tercero.

⁵²⁵ Artículo 222-22-1 del Código Penal Francés.

⁵²⁶ Artículo 222-22-2 del Código Penal Francés.

El artículo 222-22-3 hace referencia a la violación incestuosa, quedando definida de la siguiente forma:

“La violación y la agresión sexual se consideran incestuosas cuando son cometidas por:

1° Un ascendente;

2° un hermano, hermana, tío, tía, tío abuelo, tía abuela, sobrino o sobrina

3° El cónyuge, el conviviente de una de las personas mencionadas en 1° y 2° o la pareja vinculada por un pacto civil de solidaridad a una de las personas mencionadas en los mismos 1° y 2°, si tiene autoridad de hecho o de derecho sobre la víctima”⁵²⁷.

Es decir, esta definición típica hace referencia a la calificación como incestuosa de la violación y las agresiones sexuales, cuando sean cometidas por un ascendiente, hermano, o familiar de hasta tercer grado, el cónyuge, el compañero de una de las personas mencionadas anteriormente, o el compañero unido por un pacto de solidaridad civil a una de las personas mencionadas en los mismos –equiparable a la unión de hecho española–, si tiene sobre la víctima una autoridad de jure o de facto.

Pues bien, la violación queda definida en los artículos 222-23 y 222-23-1 como todo *“acto de penetración sexual, cualquiera que sea su naturaleza, o todo acto buco-genital cometido en la persona de otra persona o en la persona del autor mediante violencia, coacción, amenaza o sorpresa”⁵²⁸*, así como, *“todo acto de penetración sexual, cualquiera que sea su naturaleza, o todo acto buco-genital cometido por un adulto sobre la persona de un menor de quince años, contra el autor por el menor, cuando la diferencia de edad entre el mayor y el menor sea de al menos cinco años”⁵²⁹*, siendo la

⁵²⁷ Artículo 222-22-3 del Código Penal Francés.

⁵²⁸ Artículo 222-23.

⁵²⁹ Artículo 222-23-1.

pena a imponer de quince años de prisión en el primero de los casos, y de veinte años para el segundo.

Muy interesante, respecto esta última definición típica, resulta la aclaración respecto a la diferencia de edad entre sujeto activo y pasivo, que no será de aplicación “*si los actos se realizan a cambio de una remuneración, una promesa de remuneración, la prestación de una prestación en especie o la promesa de tal prestación*”⁵³⁰.

Por su parte, existe un tipo agravado, que eleva la pena a veinte años de prisión, en los siguientes casos:

- 1° Cuando haya resultado en mutilación o invalidez permanentes;*
- 2° Cuando se cometa contra un menor de quince años;*
- 3° Cuando se cometa contra una persona cuya especial vulnerabilidad, por edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o mental o embarazo, sea aparente o conocida por el autor;*
- 3° bis Cuando se cometa contra una persona cuya especial vulnerabilidad o dependencia derivada de la precariedad de su situación económica o social sea manifiesta o conocida por el autor;*
- 4° Cuando sea cometido por un ascendiente o por cualquier otra persona que tenga autoridad de derecho o de hecho sobre la víctima;*
- 5° Cuando sea cometido por persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones;*
- 6° Cuando sea cometido por varias personas actuando como autor o cómplice;*
- 7° Cuando se cometa con el uso o amenaza de un arma;*
- 8° Cuando la víctima haya sido puesta en contacto con el victimario mediante el uso, para la difusión de mensajes a un público no especificado, de una red de comunicación electrónica;*
- 9° (derogado)*
- 10° Cuando se cometa en conjunción con una o más violaciones cometidas contra otras víctimas;*
- 11° Cuando sea cometido por el cónyuge o conviviente de la víctima o la pareja vinculada a la víctima por un pacto civil de solidaridad;*

⁵³⁰ Artículo 222-23-2.

12° Cuando sea cometido por una persona que actúe en estado de evidente embriaguez o bajo la evidente influencia de estupefacientes;

13° Cuando se cometa, en el ejercicio de esta actividad, sobre una persona que ejerza la prostitución, incluso ocasionalmente;

14° Cuando un menor de edad estuviera presente en el momento de los hechos y asistiera;

15° Cuando se haya administrado a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia para alterar su discernimiento o el control de sus actos”⁵³¹

Asimismo, existen dos tipos hiperagravados, en donde se impone una pena de prisión de 30 años si la agresión tiene como resultado la muerte de la víctima⁵³², y con cadena perpetua cuando va “*precedida, acompañada o seguida de tortura o actos de barbarie*”⁵³³.

Sobre qué debemos entender por otras agresiones sexuales, éstas quedan definidas como agresiones sexuales “*distintas de la violación*”, con una pena de cinco años de prisión y multa de 75.000 euros⁵³⁴, a no ser que concurra el tipo agravado que, entonces, será de siete años de prisión y multa de 100.000 euros. Concorre el tipo agravado en los siguientes supuestos:

“1° Cuando haya producido lesión, lesión o incapacidad total para el trabajo por más de ocho días;

2° Cuando sea cometido por un ascendiente o por cualquier otra persona que tenga autoridad legal o de hecho sobre la víctima;

3° Cuando sea cometido por una persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones;

4° Cuando sea cometido por varias personas actuando como autor o cómplice;

5° Cuando se cometa con el uso o amenaza de un arma;

6° Cuando la víctima haya sido puesta en contacto con el victimario mediante el uso, para la difusión de mensajes a un público no especificado, de una red de comunicación electrónica;

⁵³¹ Artículo 222-24 del Código Penal francés.

⁵³² Artículo 222-25.

⁵³³ Artículo 222-26.

⁵³⁴ Artículo 222-27.

- 7° Cuando sea cometido por el cónyuge o pareja de la víctima o la pareja vinculada a la víctima por un pacto civil de solidaridad;
- 8° Cuando sea cometido por una persona que actúe en estado de evidente embriaguez o bajo la evidente influencia de estupefacientes;
- 9° Cuando se cometa, en el ejercicio de esta actividad, sobre una persona que ejerza la prostitución, incluso ocasionalmente;
- 10° Cuando un menor de edad estuviera presente en el momento de los hechos y asistiera;
- 11° Cuando se haya administrado a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia para alterar su discernimiento o el control de sus actos”⁵³⁵

Asimismo, se encuentran comprendidos dentro del tipo agravado aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea una persona cuya especial vulnerabilidad por edad, enfermedad, discapacidad, deficiencia física o psíquica o estado de embarazo o que resulte de la precariedad de su situación económica o social, y dichas circunstancias sean aparentes o conocidas por el sujeto activo⁵³⁶.

Sin embargo, la pena será elevada a diez años de prisión y multa de 150.000 euros en los siguientes casos:

- “1° Cuando haya causado una herida o lesión;
- 2° Cuando sea cometido por un ascendiente o por cualquier otra persona que tenga autoridad legal o de hecho sobre la víctima;
- 3° Cuando sea cometido por una persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones;
- 4° Cuando sea cometido por varias personas actuando como autor o cómplice;
- 5° Cuando se cometa con el uso o amenaza de un arma;
- 6° (derogado)
- 7° Cuando sea cometido por una persona que actúe en estado de evidente embriaguez o bajo la evidente influencia de estupefacientes;
- 8° Cuando se haya administrado a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia para alterar su discernimiento o el control de sus actos”⁵³⁷

⁵³⁵ Artículo 222-28.

⁵³⁶ Artículo 222-29.

⁵³⁷ Artículo 222-30.

Por su parte, administrar a una persona, sin su consentimiento, una sustancia susceptible de alterar su “*discernimiento o el control de sus actos con el fin de cometer una violación o agresión sexual contra ella*”, se castiga con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros. Y, si los hechos se cometen contra un menor de quince años, o una persona especialmente vulnerable, las penas se elevarán a siete años de prisión y 100.000 euros de multa⁵³⁸.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que, lo relevante, son los medios comisivos o coercitivos y no la ausencia de consentimiento en la víctima. Dichos medios son la violencia, la coacción, la amenaza o la sorpresa. Respecto a que debemos entender por cada uno de ellos, como hemos visto, se especificó que, coacción, hace referencia tanto a la física como a la moral y, en concreto, a aquella que esté basada en la diferencia de edad entre la víctima y el agresor, o en una relación de autoridad legal o de hecho⁵³⁹.

Y, aunque el Código Penal utiliza el término agresión sexual para ofrecer una definición relativamente amplia, se distingue dentro de ella la violación de otros tipos de agresión sexual. La violación, en este sentido, queda definida como el acceso carnal vaginal, anal, u oral, incluidos la introducción de objetos; y, el resto de las agresiones sexuales, se refieren al resto de tocamientos sexuales cometidos con violencia, coacción, amenaza o sorpresa, sin que haya un acto de penetración sexual, pero si contacto forzado con partes del cuerpo que puedan lesionar la libertad sexual de la víctima⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Artículo 222-31.

⁵³⁹ VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, op. cit., p. 13; SALMONA, M., “Viols et agresión sexuales”, en in Aide-mémoire psychotraumatologie en 51 notions M. Kédia, A Sabouraud-Seguin et al., Dunod, 2020, p. 81.

⁵⁴⁰ LEBOURG, E., y KÉDIA, M., “Agressions sexuales”, en L'Aide-mémoire de psychotraumatologie., Paris, 2013, p. 108; SALMONA, M., “Viols et agresión sexuales”, op. cit., pp. 82 y 83.

Respecto a los sujetos intervinientes, de nuevo, resulta irrelevante su sexo, por lo que podrán ser indistintamente tanto hombres como mujeres, así como la naturaleza de la relación entre el agresor y la víctima. Y, como no podía ser de otro modo, el bien jurídico protegido es la libertad sexual⁵⁴¹.

5. Países Nórdicos: Suecia, Islandia y Finlandia

5.1. Suecia

Los delitos de agresión y abuso sexual se encuentran recogidos bajo la nomenclatura de violación y agresión sexual en el Título Segundo, Capítulo Sexto, “*Sobre los delitos sexuales*”, habiendo sido objeto de una importante reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2018 y que modificó por completo dicho capítulo.

La sección primera, define la violación en los siguientes términos: “*El que, con una persona que no participe voluntariamente, mantenga relaciones sexuales o cualquier otro acto sexual que sea comparable a las relaciones sexuales en cuanto a la gravedad del delito, será condenado a una pena de prisión de un mínimo de dos años y un máximo de seis años por violación*”⁵⁴². Sobre el consentimiento, expresamente se dice que, “*para evaluar si la participación es voluntaria o no, se tendrá especialmente en cuenta si la voluntariedad se ha expresado de palabra o de hecho o de alguna otra forma*”⁵⁴³.

⁵⁴¹ SALMONA, M., “Viols et agresión sexuelles”, op. cit., p. 80.

⁵⁴² Sección 1 del Capítulo 6.

⁵⁴³ Ibidem.

Y, seguidamente, se especifica en qué casos no puede entenderse que la participación de la víctima haya sido voluntaria:

“1. La participación es consecuencia de una agresión, de otro tipo de violencia o de la amenaza de cometer un acto delictivo, de la amenaza de perseguir o denunciar a otra persona por un delito penal o de la amenaza de dejar un mensaje negativo sobre otra persona.

2. El delincuente se aprovecha indebidamente del hecho de que la persona se encuentra en una posición especialmente vulnerable debido a la inconsciencia, el sueño, el miedo grave, la intoxicación u otra influencia de las drogas, la enfermedad, las lesiones corporales, el trastorno mental o cualquier otra circunstancia, teniendo en cuenta las circunstancias; o

3. El delincuente induce a la persona a participar abusando gravemente de ella de tal manera que la persona es dependiente del delincuente”⁵⁴⁴

Asimismo, se introduce un tipo atenuado para aquellos casos menos graves, rebajándose la pena de prisión a un período no superior a cuatro años; y uno cualificado, para aquellos casos de violación considerados graves, con una pena de prisión no inferior a cinco años ni superior a diez, siendo el criterio clasificador el uso de *“violencia o amenazas de carácter especialmente grave o si más de una persona ha agredido a la víctima o ha participado de otro modo en la agresión o si el delincuente ha dado muestras de especial crueldad o despiadado, teniendo en cuenta la forma en que lo ha hecho o la corta edad de la víctima o de otro modo”⁵⁴⁵.*

Resulta sumamente interesante y llamativo, en el sistema penal sueco, la creación de un tipo *“negligente”* para el delito de violación respecto al consentimiento de la víctima, en donde expresamente se regula que, *“la persona que cometa un acto*

⁵⁴⁴ Artículo 1, Capítulo 6.

⁵⁴⁵ Ibidem.

*contemplado en el artículo 1 y cometa una negligencia grave en la que la otra persona no participe voluntariamente será condenada por violación negligente a una pena de prisión de hasta cuatro años. Si el acto es menos grave en vista de las circunstancias, no habrá sanción*⁵⁴⁶.

Cabe aquí preguntarse, ¿qué considera el Código Penal sueco como comisión negligente de este ilícito penal? Pues bien, la misma no se encuentra definida expresamente, sino que debe ser interpretada a sensu contrario a raíz de lo dispuesto para los delitos dolosos: *“salvo que se disponga expresamente lo contrario, un acto sólo se considerará delito cuando se cometa intencionadamente”*⁵⁴⁷. Por ende, debe entenderse como violación negligente el acceso carnal, de cualquier clase, sin consentimiento, que haya sido cometido inintencionadamente por el sujeto activo en lo que al consentimiento del pasivo se refiere. Es decir, estamos hablando de aquellos supuestos en los que el sujeto activo no se cercionó del consentimiento de la otra parte -por ejemplo, y según la interpretación doctrinal sueca, mediante una pregunta directa- y, de haberlo hecho, no hubiera cometido el delito de violación.

Respecto a las agresiones sexuales, éstas quedan definidas como todo acto sexual distinto a la violación, en el que el sujeto pasivo no participe voluntariamente, definiéndose la voluntariedad de la víctima en base a lo descrito para el delito de violación, e imponiéndose una pena de hasta dos años de prisión⁵⁴⁸. Cuatro son los

⁵⁴⁶ Artículo 1. a), Capítulo 6.

⁵⁴⁷ Título Primero, “Sobre el Delito y las sanciones penales”, artículo 2.

⁵⁴⁸ “El que, con una persona que no participe voluntariamente, realice un acto sexual distinto al contemplado en la sección 1, será condenado a una pena de prisión de hasta dos años por agresión sexual. Las frases segunda y tercera del primer párrafo del artículo 1 se aplicarán para determinar si la participación es voluntaria o no”. Artículo 2, Capítulo 6.

supuestos agravados: Aquellos casos en los que se hayan empleado violencia o amenazas “*de una naturaleza especialmente grave*”, si concurre pluralidad de sujetos activos -tanto si han participado activamente de la agresión sexual, o de cualquier otra manera-, si se ha empleado una “*especial crueldad*”, o por la “*corta edad de la víctima*”⁵⁴⁹. Y, al igual que en el delito de violación, se contempla expresamente la comisión imprudente de la misma, con una pena de prisión no superior a cuatro años⁵⁵⁰, y con las mismas consideraciones típicas expresadas supra.

En síntesis, el sistema legal sueco en lo que a los delitos de abuso y agresión sexual se refieren, y bajo la nomenclatura de violación y agresiones sexuales, está basado en un modelo de consentimiento positivo, en donde se entiende que todo acto sexual, bien con acceso carnal, bien sin la concurrencia de éste, realizado sin el consentimiento de la víctima, que debe ser prestado mediante palabras o acciones, serán adecuados para conformar los distintos tipos penales. Dichas consideraciones y los medios comisivos, son equivalentes para ambos, cambiando únicamente la conducta sexual.

A parte de dicho consentimiento genérico, se especifica en qué supuestos se entiende excluido el consentimiento que, como hemos visto, serán el uso de violencia o intimidación, la especial vulnerabilidad de la víctima -en donde se deben encontrar incluidos aquellos casos de inconsciencia, intoxicación, somnolencia, influjo de medicación o drogas o análogos-, o se prevalga de la situación de dependencia que la víctima tenga con el autor.

⁵⁴⁹ Ibidem.

⁵⁵⁰ “*La persona que cometa un acto de los mencionados en la sección 2 y sea gravemente negligente en el sentido de que la otra persona no participe voluntariamente, será condenada por agresión sexual negligente a una pena de prisión no superior a cuatro años. Si el acto es menos grave según las circunstancias, no se impondrá ninguna responsabilidad*”. Artículo 3, Capítulo 6.

La comparación más significativa está en las penas previstas para ambos delitos en comparación con las previstas a España: las penas en Suecia oscilan entre los 2 y los 10 años de prisión, mientras que, en España, en función de las circunstancias concurrentes, pueden llegar a los 15 años de prisión (ver art. 180 CP) y su límite mínimo está en 4 años de prisión⁵⁵¹.

5.2. Islandia

El Código Penal Islandés, denominado Hegningarlaga, data de 1940, y, en lo que a los delitos de agresión y abuso sexual dos son las reformas más relevantes, la introducida por la Ley 61/2007, y la operada a raíz de la reciente promulgación de la Ley 16/2018. Asimismo, se encuentran ubicados en el Capítulo XXII, “*Delitos sexuales*”, en los artículos 194 y siguientes. Así, el artículo 194 dispone que

“Quien mantenga relaciones sexuales o cualquier otro tipo de actos sexuales con una persona sin su consentimiento es culpable de violación y será condenado a una pena privativa de libertad no inferior a 1 año y hasta los 16 años. Habrá consentimiento si se expresa voluntariamente. No habrá consentimiento si se utiliza violencia, amenazas u otras formas de coerción ilícita. La violencia incluye la privación de la libertad por confinamiento, drogas u otros medios similares”.

⁵⁵¹ “Esta fórmula está presente en derecho comparado. Así, por ejemplo, en Suecia cuya regulación se toma últimamente como ejemplo al tratarse, según la prensa, de uno de “los países más feministas del mundo. Al respecto es preciso hacer al menos dos consideraciones: por un lado, de acuerdo con los datos aportados en este trabajo, Suecia encabeza la lista de países europeos con la tasa más alta de denuncias por abuso y agresión sexual por cada 100.000 habitantes; por otro, las penas con las que se castiga el delito de violación en Suecia son más leves que las previstas en España para los abusos sexuales y las agresiones sexuales con penetración: las penas en Suecia oscilan entre los 2 y los 10 años de prisión, mientras que en España, en función de las circunstancias concurrentes, pueden llegar a los 15 años de prisión (ver art. 180 CP) y su límite mínimo está en 4 años de prisión”, vid. GIL GIL, A., y NUÑEZ FERNANDEZ J., “A propósito de La Manada: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, GIL GIL, A., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 77, octubre, 2018, p. 12.

También se considera violación y corresponde la misma pena prevista en el primer párrafo si el agresor emplea engaño o se aprovecha del error de la persona sobre la situación o enfermedad mental u otra discapacidad mental para mantener relaciones sexuales con ella, o la situación es tal que no puede resistir el acto o comprender su significado”⁵⁵².

Llama la atención el marco penológico tan amplio entre el límite mínimo y el máximo, que queda fijado entre 1 y 16 años⁵⁵³. Como un intento de paliarlo, el artículo 195, respecto a la fijación de la pena, establece que:

“Para fijar la pena prevista en el artículo 194, se tendrá en cuenta:

- a. Si la víctima es un niño menor de 18 años,*
- b. Si la violencia del perpetrador es masiva,*
- c. Si el delito se comete de una manera particularmente dolorosa o dañina”⁵⁵⁴.*

Pues bien, como puede observarse, se regula de forma unitaria tanto las conductas típicas, que podrán consistir tanto en acceso carnal como en cualquier tipo de actos sexuales, siendo la clave de la conducta típica el consentimiento. Para entender que concurre, éste deberá ser expresado voluntariamente, entendiendo que, si el agresor emplea violencia, amenazas o cualquier tipo de coerción ilícita, así como engaño o error en la persona, situación o enfermedad mental, o cualquier tipo de anomalía psíquica, no podrá entenderse la concurrencia del mismo. Es decir, cualquier tipo de acto sexual no consentido es susceptible de conformar el tipo penal, con independencia de los medios comisivos o de la forma de vencerlo.

⁵⁵² Artículo 194 del Hengningarlaga.

⁵⁵³ Para VALLEJO TORRES, C., La justificación está en el “*amplio catálogo de conductas que pueden ser punibles en base a este artículo*”, vid. VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género. Una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, op. cit., p. 14.

⁵⁵⁴ Artículo 195 del Hengningarlaga.

Asimismo, en el tipo base, no se contemplan circunstancias específicas que la persona del sujeto activo o pasivo deban cumplir, ni tampoco se encuentran limitadas en cuanto el sexo de los sujetos. Ahora bien, se regulan específicamente ciertos supuestos en los que el sujeto activo debe ostentar cierta situación de superioridad: supervisor o miembro del personal penitenciario, autoridades penitenciarias, hospitales psiquiátricos, instituciones para discapacitados mentales⁵⁵⁵; ostentar una posición económica de la que dependa de la víctima o si por su profesión guarda con la víctima una relación de confidencialidad⁵⁵⁶; o ser ascendiente⁵⁵⁷ u hermano⁵⁵⁸ de la víctima. Y, como no podía ser de otro modo, de nuevo, se protege la libertad sexual.

Cabe hacer mención al tipo de acoso sexual, en cuanto queda descrita la conducta típica como todo acto que implique “acariciar o tocar los genitales o los senos de otra persona por dentro o por fuera”⁵⁵⁹.

Por último, y aunque queda fuera del objeto de estudio por hacer referencia a las violaciones a menores de edad, al igual que en Suecia, se introduce un tipo imprudente respecto a la edad del infractor:

*“Si una violación de acuerdo con el artículo 201 o 202 se ha cometido con negligencia respecto a la edad del infractor, se impondrá una pena relativamente menor”*⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Con una pena de prisión de hasta 4 años. Artículo 197 del Hegningarlaga.

⁵⁵⁶ Con una pena de prisión de hasta 3 años si la víctima es mayor de edad, y de hasta 6 si es menor. Artículo 198 del Hegningarlaga.

⁵⁵⁷ Con una pena de prisión de hasta 8 años si la víctima es mayor de edad, y de hasta 12 si es menor Artículo 199 del Hegningarlaga.

⁵⁵⁸ “Las relaciones sexuales u otras relaciones entre hermanos se castigan con hasta 4 años de prisión. Si uno o ambos hermanos no hubieren cumplido 18 años en el momento del hecho, podrá decidirse la dispensa de la pena” Artículo 200 párrafo segundo del Hegningarlaga.

⁵⁵⁹ Artículo 200 párrafo primero del Hegningarlaga.

⁵⁶⁰ Artículo 204 del Hegningarlaga.

En síntesis, nos encontramos ante un modelo que, bajo el término violación, recoge cualquier acto de contenido sexual que sea practicado sin el consentimiento expreso de la víctima, siendo éste el elemento conformador del tipo, y no las circunstancias comisivas, que únicamente se encuentran recogidas como situaciones en las que se entiende que la víctima nunca va a poder consentir.

5.3. Finlandia

El *Rikoslaki*, o Código Penal Finés, regula los homólogos delitos de agresión y abuso sexual en el Capítulo 20, “*Sobre los delitos sexuales*”, cuya configuración se basa en una reforma operada en el año 1998. Si bien, desde el 2019, un grupo de expertos está trabajando en una posible renovación integral en la materia, siendo uno de los principales temas de debate la definición dada al delito de violación y la expresión del consentimiento⁵⁶¹, cuya tarea culminó con la presentación de un informe al Ministro de Justicia el 7 de julio de 2020, proponiendo como característica principal la ausencia de consentimiento. Asimismo, entre otras medidas, se propuso un cambio de la actual coacción como medio comisivos, que sería sustituida por el término agresión sexual, incluyendo actos distintos al acceso carnal.

Pues bien, en la regulación actual, la violación posee una doble manifestación típica, y queda definida, por un lado, como aquella conducta por la que el sujeto activo obliga al pasivo a “*mantener relaciones sexuales utilizando o amenazando con utilizar la violencia*”⁵⁶²; y, en segundo término, el que lleve a cabo la misma conducta pero

⁵⁶¹ Desde el 11 de abril de 2019, a raíz de ciertas críticas doctrinales y jurisprudenciales, se creó un grupo de trabajo para proceder a una reforma integral en la materia.

⁵⁶² Capítulo 20, artículo 1, primer párrafo.

aprovechándose de que el sujeto pasivo no esté “*en condiciones de defenderse o de formar o expresar su voluntad a causa de la ignorancia, la enfermedad, la incapacidad, el miedo o cualquier otra condición de indefensión para mantener relaciones sexuales con ella*”⁵⁶³. La pena aparejada para ambas es pena de prisión no inferior a un año ni superior a seis.

Asimismo, se prevé un tipo atenuado para aquellos supuestos en los que, o bien la amenaza u otros elementos del delito sean, en su conjunto, menos graves, o bien la amenaza sea distinta a la contemplada en el tipo base; y, especificando, que si se ha empleado violencia, nunca podrá conformarse el tipo atenuado. La pena sufre una rebaja considerable, siendo pena de prisión de cuatro meses a cuatro años⁵⁶⁴.

Por su parte, el tipo agravado, con una pena de prisión de dos a diez años, contempla aquellos supuestos en los que, en la violación, se den alguno de los siguientes cinco supuestos:

- “1) Cause a otra persona una lesión corporal grave, una enfermedad grave o una afección que ponga en peligro su vida,*
- 2) Que el delito sea cometido por varias personas o cause un sufrimiento mental o físico especialmente grave,*
- 3) Que el delito sea cometido contra un menor de dieciocho años,*
- 4) Que el delito sea cometido de forma especialmente cruel, inhumana o degradante; o*
- 5) Que el delito sea cometido empleando un arma de fuego, un arma blanca u otro instrumento que ponga en peligro la vida o cualquier otra amenaza de violencia grave”*⁵⁶⁵

⁵⁶³ Capítulo 20, artículo 1, segundo párrafo.

⁵⁶⁴ Capítulo 20, artículo 1, tercer párrafo.

⁵⁶⁵ Capítulo 20, artículo 2, primer párrafo.

El tipo agravado podrá ser extendido a aquellos supuestos que, aunque no se encuentren incluidos en las circunstancias anteriores, se aprecie, en su conjunto, una especial gravedad de los hechos⁵⁶⁶.

El resto de conductas no consistentes en violación, se encuentran recogidas bajo la nomenclatura de “*coacción para cometer un acto sexual*”, en los siguientes términos: “*Quien, mediante violencia o amenazas, obligue a otra persona a realizar un acto sexual distinto de los mencionados en el artículo 1 o a someterse a dicho acto, y esto viole sustancialmente la autodeterminación sexual de la otra persona, será condenado por obligar a realizar un acto sexual a una multa o a una pena de prisión no superior a tres años*”⁵⁶⁷.

Por su parte, el tipo de coacción para cometer un acto sexual también se aplica a aquellas conductas consistentes en “aprovecharse del hecho de que otra persona es incapaz de defenderse o de formar o expresar su voluntad a causa de la ignorancia, la enfermedad, la discapacidad, el miedo o cualquier otra condición de indefensión para inducirla a realizar o someterse a un acto sexual de los mencionados en el artículo 1 y ello vulnere sustancialmente su autodeterminación sexual⁵⁶⁸.”

Es decir, los medios comisivos son idénticos a los de la violación, siendo la diferencia los actos sexuales a realizar: acceso carnal, conforma el tipo de violación, el resto de actos sexuales, el de coacción para cometer actos sexuales.

⁵⁶⁶ Capítulo 20, artículo 2, segundo párrafo.

⁵⁶⁷ Capítulo 20, artículo 4, primer párrafo.

⁵⁶⁸ Capítulo 20, artículo 4, segundo párrafo.

A diferencia de los anteriores supuestos, en los que había dos tipos diferenciados -por un lado, la violación, y, por otro, el resto de actos sexuales-, en los abusos sexuales, ambas se recogen de forma unitaria:

“Quien, aprovechando su posición, persuada a una persona a mantener relaciones sexuales o a participar en cualquier otro acto sexual que viole sustancialmente su autodeterminación sexual, o a someterse a dicho acto

- 1) Una persona menor de dieciocho años que esté bajo su autoridad o control en una escuela u otra institución o en cualquier otra relación de subordinación comparable con él,*
- 2) Una persona menor de dieciocho años, cuya capacidad para decidir de forma autónoma sobre su conducta sexual es sustancialmente menor que la del autor, debido a su inmadurez y a la diferencia de edad entre las partes, abusando gravemente de su inmadurez,*
- 3) Una persona que esté bajo el cuidado de un hospital u otra institución y cuya capacidad para defenderse o para formar o expresar su voluntad esté sustancialmente disminuida a causa de una enfermedad, discapacidad u otra dolencia,*
- 4) Una persona especialmente dependiente de él, abusando gravemente de esa dependencia del agresor,*

será condenado por abuso sexual a una multa o a una pena de prisión no superior a cuatro años”⁵⁶⁹.

En definitiva, dos son las conductas típicas a tener en cuenta en el sistema finés. Por un lado, aquellas consistentes en acceso carnal, de cualquier tipo, y, por otra, el resto de las conductas sexuales no consentidas y que no integran la anterior. Dentro de las primeras, la violación queda definida por los medios comisivos y no por el consentimiento, siendo éstos la violencia o la amenaza de utilizarla, por lo que quedan incluidas tanto la fuerza física como la psicológica. Es relevante recalcar que, la

⁵⁶⁹ Capítulo 20, artículo 5.

intimidación típica, en principio, solo incluye aquella que verse con emplear violencia contra la víctima, quedando el resto incluidas en otro tipo penal.

Asimismo, se incluyen como medios comisivos de la violación aquellos supuestos en los que la víctima es incapaz de prestar consentimiento, siendo aprovechado por el agresor, bien porque es incapaz, por enfermedad o ignorancia, bien por miedo o cualquier otro tipo de condición que provoque que no pueda defenderse o expresar su voluntad. Es indiferente la causa de dichas condiciones, pero si se exige que el agresor sea consciente de las mismas y de que la conducta lúbrica se realiza precisamente por ellas⁵⁷⁰.

Respecto al tipo atenuado, quedan incluidos aquellos casos menos graves, bien por el contenido de la amenaza -es decir, todas aquellas amenazas que no sean el empleo de violencia-, bien por las propias circunstancias del delito⁵⁷¹.

De nuevo, los sujetos activo y pasivo del delito podrán ser tanto hombres como mujeres, sin ningún tipo de condicionamiento que deban cumplir. Y, el bien jurídico protegido, es la autodeterminación o autonomía sexual.

⁵⁷⁰ ANTRILA J., “Suostumusperustaisuus raiskausrikoksissa Kirjallisuuskatsaus Suomen raiskauslainsäädännön nykytilasta ja mahdollisesta suostumusperustaisesta säätelystä”, en Poliisi, Helsinki, 2020, p. 6.

⁵⁷¹ Por ejemplo, una amenaza menor de violencia, pero suficiente para quebrar la voluntad de la víctima. Vid., Ibidem, p. 7.

CAPÍTULO III. LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL

1. El texto inicial del Código Penal de 1995. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El Código Penal de 1995 supuso un auténtico cambio de paradigma en lo que a los delitos de abuso y agresión sexual se refiere, así como una profundización de los criterios político-criminales que desde la reforma de 1989 venían operando como base de la regulación penal de los comportamientos sexuales⁵⁷². Se les otorgó, por primera vez, dicha nomenclatura y, en definitiva, se culminó la protección a la libertad sexual en todo su esplendor, adoptando una modernidad necesaria en la materia y una adecuación a los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna⁵⁷³.

El antecedente legislativo más claro del Código Penal de 1995 lo encontramos en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 23 de septiembre de 1992. En su Exposición de Motivos ya encontramos argumentada la necesaria adaptación de las normas penales a la época democrática. Debemos recordar aquí que, desde 1978, no se

⁵⁷² GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, en Derecho y Opinión, 3-4, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995-1996, p. 355.

⁵⁷³ “Se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”. Preámbulo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

había promulgado un verdadero Código Penal que respetase los valores constitucionales más allá de las reformas generalistas operadas en 1983 y las específicas de 1989 que, aunque supuso un cambio drástico en la tradición legislativa, resultaba indispensable la aprobación de un Código completamente adaptado a los nuevos tiempos⁵⁷⁴. Sobre todo, en una problemática tan susceptible de ser afectada por los cambios sociales como son los delitos de agresión y abuso sexual⁵⁷⁵.

A destacar que, en dicho Proyecto de reforma, se mantuvo la nomenclatura, por un lado, de violación y agresiones sexuales violentas, y, por otro, de estupro y resto de agresiones⁵⁷⁶. Por lo que debemos entender que la creación de los tipos penales de agresión y abuso sexual debió surgir entre 1993 y 1994, en donde se aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 26 de septiembre de 1994, finalmente Código Penal de 1995. Y, por supuesto, en el mismo sentido que ya vimos en el Capítulo I respecto a la modificación operada en 1989.

⁵⁷⁴ En palabras del legislador, “*la llegada de la democracia y la aprobación de la Constitución obligaron a hacer modificaciones indispensables que han dejado el viejo Código lleno de señales, pero extraer todas las consecuencias de los principios constitucionales, obliga a importantes modificaciones en las clases de penas y a una revisión total de la duración de cada una de las correspondientes a los distintos delitos; obligan también a incorporar nuevas conductas o a suprimir otras a las que el cambio de condiciones sociales y culturales ha transformado en su sentido y percepción. urgente en 1983 (...) Reformas más específicas alumbraron, entre otras, las nuevas regulaciones del delito de aborto y del delito fiscal. Algunos años más tarde, en 1989, se produce otra amplia reforma, de importantes ejemplos despenalizadores, que, además, modificó grupos de infracciones tan importantes como los delitos de lesiones y los delitos de peligro o riesgo. A pesar de todas esas reformas, la vetustez del Código es inevitable, como demuestra el que los problemas que preocupan a la sociedad española, y que ésta aprecia que deben ser en alguna medida atendidos por el sistema punitivo, no aparecen resueltos*”. Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 23 de septiembre de 1992.

⁵⁷⁵ “*Quizás en pocos capítulos del Derecho penal el legislador se haya mostrado más atento a los cambios de mentalidad y de costumbres sociales como en este de la sexualidad*”. Citando a DIEZ RIPOLLES, J.L., *El Derecho Penal ante el sexo*, op. cit., p. 26; en lo relativo a las relaciones entre moral y Derecho en el ámbito de los delitos sexuales, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, en *Jueces para la democracia*, nº27, 1996, p. 51.

⁵⁷⁶ Artículos 181 a 185 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 23 de septiembre de 1992.

Ya con la promulgación del Código Penal de 1995, se produjo el mencionado cambio terminológico, pero también típico, desgranándose los comportamientos constitutivos de violación en ambos tipos penales, pasando a ser diferenciados no por la conducta llevada a cabo, que resulta idéntica, sino por los medios comisivos. Desde luego, puede afirmarse que fue una a de las reformas más relevantes que dicho Código introdujo⁵⁷⁷, y, en términos generales, fue acogida de forma positiva por nuestra doctrina.

En este sentido, no debe pensarse erróneamente que quedó reducido a una mera reforma lingüística⁵⁷⁸, o que ésta era la intención del legislador, sino que lo que se pretendía era dar una mejor respuesta penal a la tutela del nuevo bien jurídico protegido. Esto es, la libertad sexual. Y es que, el acento de la incriminación de las conductas se puso en la forma de doblegar la voluntad de la víctima.

Ejemplo de ello es la desaparición del término violación, que, de nuevo, tuvo una acogida doctrinal mayoritariamente positiva⁵⁷⁹. Se consideró, y comparto la opinión⁵⁸⁰, que no existía una correspondencia entre el uso y significado popular del término

⁵⁷⁷ Para GONZÁLEZ RUS, J. J., *“Las modificaciones que se producen en la regulación de los delitos sexuales son formalmente de las más significativas y profundas que introduce el Código, que, (salvo en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual) rompe con los precedentes legales anteriores”*. GONZÁLEZ RUS, J.J., *“Los delitos de agresiones y abusos sexuales”*, op. cit., p. 355.

⁵⁷⁸ En palabras de LAMARCA PÉREZ, C., *“Sin embargo, que la reforma sea lingüística no supone que resulte meramente ornamental, pues, al margen de la fuerza simbólica de las palabras, los nuevos enunciados expresan mucho mejor el bien jurídico que ante todo se pretende tutelar”*, vid., LAMARCA PÉREZ, C., *“La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”*, op. cit., p. 51

⁵⁷⁹ *“La desaparición como tal del delito y término violación, sin duda uno de los más emblemáticos en la realidad criminológica y social, evidencia que estamos ante una regulación con pretensiones de novedad”*. Por todos, vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., *“Los delitos de agresiones y abusos sexuales”*, op. cit., p. 355.

⁵⁸⁰ Que, además, puede ser extendida al momento actual. Véanse los lemas empleados en las distintas manifestaciones de “no es abuso, es violación”, surgidas a raíz del famoso caso de “La Manada”. Una vez más, se evidencia la problemática persistente de estas conductas típicas que, quizás, como veremos en el Capítulo siguiente, están basadas en la concepción social que de estos delitos posee la sociedad, más que en la concreta legislación en sí.

violación con su definición jurídica. Y que, con el empleo del término agresión sexual, se solucionaba en cierta forma dicha problemática⁵⁸¹.

En definitiva, se quiso romper con la herencia de tiempos pasados. Y bajo mi punto de vista, de forma acertada. Me explico. La connotación que históricamente se vino dando al término violación era como sinónimo de acceso carnal, y éste entendido exclusivamente como penetración vaginal no consentida entre sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer. Y, aunque a finales de la época legislativa anterior se quiso ampliar tanto las conductas típicas incluidas dentro del mismo como los sujetos intervinientes, otras igualmente perjudiciales para la libertad sexual de la víctima quedaban excluidas o eran consideradas de una menor reprochabilidad penal.

Lo más acertado fue cambiar el sistema legal de forma completa de tal forma que no quedaran dudas a nivel interpretativo. De este modo, se relativizó el papel del acceso carnal⁵⁸², que, de ser lo relevante para la consideración del tipo, pasó a convertirse, junto con el acceso anal o bucal, así como la introducción de objetos, en una agravación de los atentados genéricos contra la libertad sexual, entendidos como agresiones y abusos

⁵⁸¹ “De entrada, conviene precisar que seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica. En efecto, si por violación debe entenderse el acceso carnal violento de hombre con mujer y, si se quiere, en la actualidad también la penetración anal violenta con sujeto pasivo hombre, lo cierto es que el Código ampliaba esa noción incluyendo, de un lado, la penetración sexual por otras vías y, de otro, el acceso con persona privada de sentido, abusando de su enajenación o menor de doce años de edad; esto es, incluía como violación supuestos donde no puede existir una expresa voluntad contraria de la víctima o hay un consentimiento otorgado cuando se carece de capacidad para ello, que constituían los llamados casos de violación presunta. Las agresiones, en cambio, como su denominación sugiere, son siempre comportamientos basados en la violencia o intimidación”. Vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 51.

⁵⁸² “Lo más destacable, sin duda, es el propósito de relativizar el papel del acceso carnal (entendido como relación heterosexual por vía vaginal con sujeto pasivo mujer) dentro de la configuración de las distintas modalidades delictivas, que, de ser el eje en torno al que venían construyéndose, pasa a convertirse, junto a otros comportamientos asimilados al mismo, en un argumento para agravar los respectivos tipos básicos, que se construyen directamente sobre el atentado a la libertad sexual, considerada el bien jurídico protegido”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresión y abuso sexual”, op. cit., p. 355.

sexuales. Siendo éstos diferenciados no por las conductas típicas, sino por los medios comisivos o el estado de la víctima: la existencia o no de violencia o intimidación.

1.1.Ubicación sistemática

Antes de proceder al estudio concreto de los nuevos delitos de agresión y abuso sexual, debemos ver su ubicación sistemática y la transcripción de los diferentes tipos penales. Pues, como se ha adelantado, no se trató de una reforma más en la materia, en donde se cambiasen ciertos criterios típicos, sino que se modificó por completo tanto la configuración legal de los delitos, como su ubicación sistemática.

Así, los delitos de agresión y abuso sexual se ubicaron de forma independiente, como ya se ha visto, en el Libro II, *Delitos y sus penas*, Título VIII, *Delitos contra la libertad sexual*, Capítulo I, *De las agresiones sexuales*, artículos de 178 a 180, y Capítulo II, *De los abusos sexuales*, artículos 181 a 183.

Respecto a las agresiones sexuales, la principal novedad legislativa está en la doble manifestación típica recogida en los artículos 178 y 179. El primero, recoge el tipo base y, el segundo, el tipo agravado. Así, en primer lugar, las agresiones sexuales quedan definidas en el artículo 178, de forma genérica, como cualquier atentado sexual contra la libertad sexual si media violencia o intimidación: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años*”⁵⁸³. Y, en el artículo 179, se

⁵⁸³ Artículo 178 del texto inicial del Código Penal de 1995.

agrava la pena si dichas agresiones consisten en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal: “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años*”⁵⁸⁴.

Por su parte, el artículo 180 constituye el tipo agravado común de los dos anteriores artículos, que queda definido en los siguientes términos:

“Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
- 2.ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.*
- 3.ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.*
- 4.ª Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.*
- 5.ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.*

*Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”*⁵⁸⁵

Por su parte, los abusos sexuales siguen una estructura casi idéntica a las agresiones, en el sentido de que tenemos un tipo base recogido en el artículo 181, una manifestación típica agravada en el artículo 182, si la conducta consistiera en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, y, por último, el tipo específico

⁵⁸⁴ Artículo 179 del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁵⁸⁵ Artículo 180 del texto inicial del Código Penal de 1995.

del artículo 183 para aquellos abusos que se cometan interviniendo engaño si el sujeto pasivo tuviera una edad comprendida entre dieciséis y dieciocho años. Pues bien, el articulado quedo plasmado de la siguiente forma:

“Artículo 181:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

Artículo 182: Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de cuatro a diez años en los casos de falta de consentimiento, y de uno a seis años en los de abuso de superioridad.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima.

2.º Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

Artículo 183: El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Cuando el abuso consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis meses a tres años”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ Artículos 181, 182 y 183 del texto inicial del Código Penal de 1995.

1.2. Cuestiones comunes a los delitos de agresión y abuso sexual

1.2.1. La denominación de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual.

Bien jurídico protegido

Aunque en la actualidad el bien jurídico protegido de los delitos de agresión y abuso sexual es la libertad e indemnidad sexual, el texto inicial del Código Penal de 1995 únicamente recogió la libertad sexual como bien jurídico protegido⁵⁸⁷, algo que parte de la doctrina criticó respecto de la extensión a los menores e incapaces, pero también en cuanto a su ubicación sistemática, alcance e independencia de los ataques contra la libertad en general.

Lo que resulta evidente es que, la referencia expresa a la libertad sexual en la propia rúbrica del Título, no fue baladí, pues uno de los puntos más controvertidos del Siglo XX respecto al Derecho penal sexual fue por excelencia el debate sobre cuál debía ser el bien jurídico protegido y la paulatina desaparición de antiguas connotaciones morales, como la referencia a la honestidad de la víctima⁵⁸⁸.

Y, dicha referencia expresa, también era coherente con el cambio legislativo, pues si lo relevante está en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, el bien tutelado no

⁵⁸⁷ Hasta la Ley Orgánica de 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no se recogió la indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

⁵⁸⁸ “*La ilustrativa evolución de los contenidos de derecho penal sexual en los cinco últimos lustros ha estado condicionada, en un grado difícilmente apreciable en cualquier otro grupo de delitos, por el debate sobre cuál deba ser el bien jurídico*”, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en Anuario de Derecho Penal, 1999-2000, p. 51.

puede sino ser, precisamente, la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una concepción moral acerca de la sexualidad en sí⁵⁸⁹.

Pero, ¿Qué es la libertad sexual?. Ésta debe entenderse, simplemente, como el ejercicio de la actividad sexual en libertad. Y ello no puede más que significar que, con su tutela, no se aspiraba simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual, su efectivo ejercicio, que también, sino que se quería asegurar que los comportamientos sexuales tengan lugar en condiciones de libertad individual⁵⁹⁰.

Y, si hacemos referencia al ejercicio en libertad de la propia sexualidad, no podemos obviar la consideración de lo que la dimensión sexual supone en la vida humana, así como la intervención que cabe hacer punitivamente en esa esfera, que recordemos debe respetar los principios de intervención mínima y última ratio.

Pues bien, la autorrealización personal del individuo en sentido positivo se encuentra indudablemente ligada a su propia sexualidad, siendo el punto de partida la posibilidad desarrollarse con libertad en un ámbito personalísimo y que corresponde a

⁵⁸⁹ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, C., quién añade que *“de este modo, el legislador parece haber escuchado las voces críticas que, desde hace tiempo, denunciaban la función de estos tipos penales, destinados a reforzar con el uso de la fuerza estatal las prescripciones de determinados Códigos éticos relativos a la virtud privada; algo que hoy debe considerarse incompatible con el modelo constitucional, basado en el respeto a la libertad”*, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 51.

⁵⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., p. 51.

cada sujeto establecerlo y establecerse⁵⁹¹. Esa libertad sexual positiva quedó fuera del ámbito de regulación del Código⁵⁹².

La intervención penal, entonces, se limitó a aquellos actos sexuales denominados negativos o, también, libertad sexual negativa, en el sentido de que la protección es aplicada a aquellos supuestos en los que la víctima deba realizar un comportamiento sexual no deseado⁵⁹³. Y esta afirmación, de nuevo, resulta indispensable en lo que a los delitos de agresión y abuso sexual se refiere, al consentimiento que debe o no prestarse, y al modelo positivo o negativo que decida escogerse para su regulación, lo cual es el punto clave del Proyecto de Reforma de Ley Orgánica de garantía integral contra la libertad sexual.

La protección exclusiva de la libertad sexual fue bien acogida por buena parte de la doctrina⁵⁹⁴, y con variados argumentos. Los principales, se apoyaban en la idea de que

⁵⁹¹ “En este contexto valorativo no ha de extrañar que un derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 ConstE), tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual”, vid. DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., p. 53.

⁵⁹² “La libertad sexual no debe interpretarse como comprensiva de cualquier conducta que impida o viole el ejercicio libre de la sexualidad. Como tampoco debe entenderse en un sentido tan amplio la descripción típica contenida en su articulado. Es una noción defensiva –o negativa de la libertad, como prefiere llamarla la doctrina– lo que ha inspirado la voluntad legislativa. Y, en ese sentido, lo que se protege bajo la nueva regulación no es la libre disposición de las propias potencialidades sexuales –cuya lesión podría constituir, sin embargo, un delito de coacciones o contra la libertad en general–, sino, más estrictamente, el derecho a no verse implicado sin consentimiento en una relación sexual”, vid., MAQUEDA ABREU, M. L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios retores”, en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 80.

⁵⁹³ “El hecho de que se proteja la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa), sin que en ningún caso se aspire a proteger frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual positiva”, vid, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., p. 54

⁵⁹⁴ ASÚA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso diverso”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 83-85; DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo

la progresiva despenalización de ciertas conductas sexuales se erigió como la vía indirecta principal de la protección sexual positiva; en los principios de fragmentariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos⁵⁹⁵; o en que los atentados al ejercicio de la vertiente positiva no se aprecia especificidad de las formas comisivas⁵⁹⁶.

Sin embargo, como ya he adelantado, hubo varios puntos controvertidos. El primero de ellos, el relativo al ejercicio de la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, así como los menores e incapaces, siendo éstos últimos los que más debate generaron. El principal argumento en contra estaba en que dichos sujetos no podían prestar un consentimiento válido o, en otras palabras, su consentimiento resultaba legalmente irrelevante. Y, en consecuencia, se estaría negando la posibilidad de autodeterminarse sexualmente⁵⁹⁷. Se proponía, entonces, que el bien jurídico tutelado fuese la indemnidad sexual y parte de la doctrina estaba de acuerdo al respecto, pero la encontraban comprendida dentro de la libertad sexual⁵⁹⁸.

Derecho penal sexual”, op. cit., pp. 52-54; GONZALEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 356; MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALVERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, 1996, pp. 231-232; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 212.

⁵⁹⁵ “El carácter fragmentario del derecho penal contradice las pretensiones de exhaustividad en la protección de un bien jurídico: Tampoco en los otros tipos protectores de la libertad personal se aspira a que en cada ámbito social abarcado, o respecto a cada objeto de ataque, se cubran todas las posibilidades” DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., p. 54.

⁵⁹⁶ A favor, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., pp. 54; en contra, GONZALEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 333

⁵⁹⁷ “Pues, decida lo que decida el sujeto, quién realice ante él actos de exhibición obscena, quien le facilite material pornográfico o induzca, favorezca o facilite su decisión de dedicarse a la prostitución o a espectáculos exhibicionistas o pornográficos, comete un delito, aunque el comportamiento se produzca con el consentimiento o incluso a petición del menor o incapaz”, vid. GONZALEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 356.

⁵⁹⁸ “Como consecuencia, para evitar que una interpretación estricta hiciera inaplicables los respectivos delitos en relación con los sujetos en los que tal libertad sexual no puede ser lo lesionado, no queda otra posibilidad que la de entender que la referencia está siendo utilizada en el (inexacto e inapropiado) sentido amplio defendido por algún sector doctrinal, haciéndola comprensiva tanto de la libertad sexual propiamente dicha como de la indemnidad sexual”, vid., ibidem, p. 356.

En segundo término, su ubicación sistemática y separación de los delitos contra la libertad en general. En el sentido de que, si lo relevante para la consideración típica de los delitos es el empleo de violencia o intimidación, y éstos son medios recogidos en los delitos que amenazan la libertad en general, la libertad sexual debería ser tratada como un aspecto más de esa libertad en general que, además, pueden llegar a servir como normas subsidiarias de aplicación para los casos que excedan el ámbito de aplicación de los delitos sexuales⁵⁹⁹. Además, si se considera que los delitos contra la libertad sexual son atentados específicos de la libertad en general, no se podría justificar el mantenimiento de un título propio⁶⁰⁰.

1.2.2. Equiparación del acceso carnal y la penetración por vía anal o bucal e introducción de objetos

La descripción de la conducta típica de los delitos de agresión y abuso sexual también sufrió modificaciones a raíz de la aprobación del Código Penal de 1995. Y es que, a la equiparación de la vía bucal a la anal y vaginal que ya tuvo lugar en el periodo anterior, se añadió la introducción de objetos⁶⁰¹ como conducta más agrave atentatoria de la libertad sexual.

⁵⁹⁹ “Parece, en efecto, incongruente que una regulación que se muestra tan consciente de la interrelación existente entre ambos, como cabe deducir de la configuración típica que nos ofrece, reconozca al mismo tiempo una autonomía ficticia a la libertad sexual y no la trate como lo que es, es decir, como un aspecto –muy importante, si se quiere en cuanto especialmente vinculada a la autorrealización personal, pero un aspecto más– de esa libertad en general, bajo cuya tutela no se pretende sino salvaguardar su ejercicio, esto es, el ejercicio de esa libertad de decisión genérica en el contexto de las relaciones sexuales”, vid. MAQUEDA ABREU, M. L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, op. cit., p. 80.

⁶⁰⁰ DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal ante el sexo*, op. cit., pp. 218 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 50.

⁶⁰¹ Recordemos aquí que la equiparación no estuvo exenta de polémica y, además, la introducción de objetos tenía una pena inferior a la prevista para la violación.

Con dicha equiparación el legislador quiso dejar claro que tanto el histórico acceso carnal como la penetración anal o bucal, así como la introducción de objetos, vulneran de igual forma y con la misma intensidad o gravedad la libertad sexual de la víctima⁶⁰². De nuevo, la equiparación responde a la histórica vinculación de la punición de los delitos sexuales con la concepción social respecto de la sexualidad⁶⁰³.

Por acceso carnal debe entenderse penetración del órgano sexual masculino por vía vaginal. Esto es, el empleo estricto e histórico que hemos venido viendo respecto a ese término. De ello que, parte de la doctrina, criticara el empleo de dicho término por los problemas interpretativos que podrían llegar a surgir respecto al sujeto activo mujer⁶⁰⁴. Sin embargo, y comparto la opinión, que, al dejar de lado la anterior configuración de “*tener acceso carnal*” y sustituirla por “*consistir en acceso carnal*”⁶⁰⁵, se pasó de una interpretación unidireccional del hombre hacia a la mujer a una conducta típica que comprende tanto la acción de penetrar como de hacerse penetrar por el órgano sexual masculino⁶⁰⁶.

⁶⁰² En el mismo sentido y a favor de la equiparación típica, por todos, vid. GARCÍA GARCIA, A., “Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código Penal”, op. cit., p. 124; MUÑOZ CONDE F., “Los delitos contra la libertad sexual”, en Estudios Penales y Criminológicos XII, Universidad de Santiago de Compostela, 1990, P. 283; LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 51.

⁶⁰³ “Quizás solo la educación sexual recibida durante generaciones, vinculada fundamentalmente a la moral católica y al peligro de embarazo en el caso de sujeto pasivo mujer, pueda explicar que siempre se haya considerado que la forma más grave de agredir la libertad sexual consiste en la penetración vaginal del órgano sexual; pero no cabe olvidar que la penetración anal y especialmente la introducción de objetos son modalidades que pueden comportar un mayor peligro para la integridad física y, en el caso de la penetración bucal, al riesgo claro de transmisión de enfermedades, se añade que quizás constituya el comportamiento de carácter más degradante o vejatorio”, vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., pp. 51 y 52.

⁶⁰⁴ Si la conducta típica consiste en acceso carnal, se entendió que la mujer quedaba vetada como sujeto activo de la misma, pues éste exigiría que fuese el hombre quien la realizase activa y materialmente la conducta de penetración sexual. Entre otros, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del Código Penal de 1989*, op. cit., pp. 34 y 35; MUÑOZ CONDE, F., “Los delitos contra la libertad sexual”, op. cit. p. 282 y ss.

⁶⁰⁵ Artículos 179 y 182 del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁰⁶ “Consiguiendo en suma el acoplamiento de los órganos sexuales”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 52, haciendo referencia a la expresión acuñada por BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., “quienes ponen de manifiesto que la conducta no

Respecto a la penetración bucal o anal, más allá de las opiniones en contra respecto a su equiparación con el acceso carnal vistas en el Capítulo I respecto a la reforma de 1989, pueden hacerse las mismas consideraciones típicas, en el sentido de que cabe tanto la acción de penetrar bucal o analmente, como de hacerse penetrar por las mismas vías⁶⁰⁷. Y, en lo relativo a la penetración bucal, la principal preocupación se basó en la dificultad probatoria⁶⁰⁸.

Cuestión distinta es la equiparación de objetos, que planteó dudas tanto sobre los posibles medios comisivos como sobre las vías por las que deban ser introducidos para considerarse incluidos en la descripción típica⁶⁰⁹.

Pues bien, la primera de las problemáticas se resolvió interpretando que, aparentemente, puede tratarse de instrumentos o de cosas, pero en el sentido de cuerpos sólidos, excluyendo partes del cuerpo como dedos o lengua⁶¹⁰. En definitiva, se consideró que los objetos debían resultar semejantes en tamaño y forma al órgano sexual masculino,

consiste así en penetrar sino en lograr el acoplamiento de los órganos sexuales, lo que puede realizarse con independencia del sexo del sujeto activo", vid. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, op. cit., p. 143. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLES, J.L., "Las últimas reformas en el Derecho penal sexual", en *Estudios penales y criminológicos*, nº14, 1989-1990, pp. 52 y 53.

⁶⁰⁷ "Donde, por cierto, la utilización del término penetración también parece requerir que la introducción por alguna de estas vías lo sea exclusivamente del órgano sexual masculino", vid., LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal", op. cit., p. 52.

⁶⁰⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., exige para la consumación del tipo la existencia de *inmiso seminis*, pues en caso contrario, difícilmente se podría llegar a probar el mismo, vid. MUÑOZ CONDE, F., "Los delitos contra la libertad sexual", op. cit., p. 283.; en contra, vid., LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal", op. cit., p. 52.

⁶⁰⁹ No fue hasta la modificación operada en 1999, cuando se especificó que la introducción de objetos cabía respecto de las dos primeras vías, esto es vaginal y anal.

⁶¹⁰ Vid., LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal", op. cit., p. 52.

del que tratan de ser un sustitutivo, pero sin descartar el empleo de instrumentos que el sujeto activo pueda atribuirles un significado sexual⁶¹¹.

La segunda, y en la misma línea de las consideraciones interpretativas efectuadas en la reforma de 1989⁶¹², debe decirse que las vías de acceso quedaron reducidas a las mismas que para el resto de las agresiones sexuales. Esto es vía vaginal, anal o bucal. Si bien, estas dos últimas, no exentas de polémica⁶¹³ y que, posteriormente, se solucionaron al descartar la vía bucal como posible cavidad por la que introducir un objeto.

1.2.3. La igualdad de los sujetos

Como ya se adelantó, excepto algunos supuestos polémicos, a raíz de la reforma de 1989, y partiendo del principio constitucional de igualdad ya consagrado, los sujetos activo y pasivo fueron igualados, pudiendo ser tanto hombre como mujer. Esta primigenia tendencia fue consolidada con el Código Penal de 1995. Y, como ya sucedió en 1989, la reforma fue generalmente acogida por la doctrina⁶¹⁴.

⁶¹¹ De nuevo, no fue hasta la modificación operada en 2003, cuando se introdujo la modalidad consistente en introducción de miembros corporales. Ibidem, p. 52.

⁶¹² Recordemos que se descartaba una interpretación amplia respecto a la inclusión de la penetración por cualquier cavidad del cuerpo humano, admitiéndose exclusivamente la penetración vaginal, anal o bucal.

⁶¹³ “*La cuestión creo que no ofrece dudas en la regulación del nuevo Código, pues si los tipos agravados de agresiones y abusos se reservan, en los casos de penetración de órgano sexual masculino, para la vía vaginal, anal y bucal, ampliar a otras cavidades la introducción de objetos constituiría una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad. Es más, la nueva regulación pudiera también propiciar una interpretación aún más restrictiva pues, al describir el comportamiento sexual agravado como acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, cabría entender que la introducción de objetos queda limitada a la vía vaginal, mientras que las vías anal y bucal exigirían necesariamente la introducción de órgano sexual masculino dada la expresa utilización del término penetración en estos casos. A mi juicio, sin embargo, esta última interpretación no debe prosperar*”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 52.

⁶¹⁴ Excepto algunas voces críticas que, en contra de dicha igualdad y desde una perspectiva feminista, argumentaron que una igualdad legal no puede sustituir a una inexistente igualdad real, en el sentido de que “*que la violación es un delito que comete un género contra otro (...) un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad*”, vid., LARRAURI, E., “Control formal y el Derecho Penal de las mujeres”, en LARRAURI, E., Mujeres, derecho

El mayor problema que suscitó la igualación no fue precisamente respecto a la necesidad o conveniencia de la misma, sobre la que, como ya se ha dicho, la mayoría estaba de acuerdo, sino sobre si en la práctica llegaría a tener plena virtualidad. Y, en el mismo sentido y sobre los mismos supuestos que ya vimos en la reforma de 1989: Las conductas de penetración vaginal, anal o bucal en las relaciones heterosexuales cuando el sujeto activo sea mujer, y las conductas homosexuales cuando ambos sujetos sean mujer.

Respecto a la primera problemática, que se une a lo ya visto respecto a la conducta típica de acceso carnal, fue 1995 cuando por fin se superó la tradicional concepción de la mujer como destinada a ser un mero ser pasivo de la sexualidad, pues es esta, precisamente, el argumento que subyace en aquellas opiniones históricamente contrarias a considerar a la mujer como sujeto activo de los delitos sexuales⁶¹⁵. De este modo, no existen obstáculos para que la mujer pueda ser sujeto activo del delito⁶¹⁶. Pues hemos determinado que la conducta puede consistir tanto en penetrar vía vaginal, anal o bucal, como en hacerse penetrar por dichas vías.

Respecto al segundo de los casos, que recordemos que para parte de la doctrina había quedado excluido como supuesto típico excluido en la reforma de 1989, como consecuencia de la equiparación de la introducción de objetos, quedó más que superado. Es decir, en los casos de relaciones homosexuales femeninas, si media introducción de

penal y criminología, Siglo XXI de España, 1994, p. 96. En contra de dicha perspectiva, vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 53.

⁶¹⁵ ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 63.

⁶¹⁶ Al respecto, y poniendo de ejemplo aquellos casos de sujeto activo mujer en la que el sujeto pasivo se encuentre previamente inmovilizado o cuando medie intimidación, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 53.

objetos conformará el tipo agravado, mientras que, el resto de las prácticas sexuales, tanto violentas o intimidatorias como de abuso, quedaron integrados en el tipo básico.

1.3. Las agresiones sexuales en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

1.3.1. El tipo básico del artículo 178

La conducta típica del tipo básico de agresiones sexuales, según el artículo 178, consistía en todos aquellos actos atentatorios de la libertad sexual cuando se emplee para ejecutarla violencia o intimidación, siendo la sanción a imponer pena de prisión de uno a cuatro años. Se trata, por tanto, del atentado más grave de los delitos contra la libertad sexual, por lo que el delito se integra por todos aquellos comportamientos que, acompañados de violencia o intimidación, la niegan⁶¹⁷.

Con la reformulación legal, se rompió con los precedentes anteriores que, como vimos, estaban contruidos en torno al delito de violación como figura central y, el delito de agresiones sexuales, como figura subsidiaria. Con ello, se pretendía aminorar el protagonismo del acceso carnal dentro de la lógica interna de las distintas modalidades delictivas⁶¹⁸ que, como vimos, quedo relegado junto con el acceso anal, bucal e introducción de objetos, como tipo agravado. Pero, y como consecuencia indirecta, la

⁶¹⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 357.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 357.

reformulación típica obligó a reinterpretar algunos aspectos, como el papel de la violencia e intimidación y, por ende, de la resistencia que deba o no oponer la víctima⁶¹⁹.

Pero, antes de entrar a valorar aspectos controvertidos, debemos ver en primer término, y como ya sucedía en la legislación anterior⁶²⁰, pues en nada varió este aspecto a raíz de la reforma operada, cuáles son los actos sexuales típicos⁶²¹.

Debemos entender que cualquier acto de inequívoca finalidad sexual que implique contacto corporal⁶²², ya sea del sujeto activo sobre el pasivo⁶²³ o del pasivo sobre el primero, incluidos aquellos supuestos en los que se obligue a la víctima a realizar actos sobre su propio cuerpo⁶²⁴, sobre el agresor o sobre un tercero, forman parte de aquellos actos que atentan contra la libertad sexual y, por tanto, son susceptibles de conformar el tipo de agresión sexual⁶²⁵. A ello se suma la exigencia del carácter lascivo o libidinoso de ese contacto corporal como exigencia vinculada a un ánimo o elemento subjetivo especial del injusto de estos delitos⁶²⁶.

⁶¹⁹ “Pero, además, aunque tal vez no se pretendiera –de hecho, ello nunca fue objeto de comentario alguno en el debate parlamentario–, modifica sustancialmente las bases sobre las que tradicionalmente se asentaba el tratamiento de menores e incapaces, y obliga a revisar alguno de los aspectos del papel de la fuerza y la intimidación, y de la correlativa resistencia, en el delito de agresiones sexuales”, Ibidem, p. 357.

⁶²⁰ Algo que parte de la doctrina criticó, pues el artículo 178 dejó sin aclarar que tipo de comportamientos pueden ser susceptibles de conformar un atentado contra la libertad sexual, a los que no se les requiere gravedad objetiva, permitiendo “acoger los supuestos más dispares, cualquiera que sea su entidad y trascendencia: desde el pellizco erótico hasta el beso robado”, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 360.

⁶²¹ Por lo que nos referimos al estudio efectuado al respecto en el apartado correspondiente.

⁶²² Aspecto que tampoco se deduce de la formulación legal, sino de la interpretación que del mismo se vino haciendo por doctrina y jurisprudencia.

⁶²³ SSTS de 7 de mayo de 1998 y de 10 de julio de 2002.

⁶²⁴ ATS de 18 de abril de 2001.

⁶²⁵ Por todos, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 54 y cita 20.

⁶²⁶ Justificando dicha exigencia e un intento de reducir el ámbito de aplicación a los comportamientos inequívocamente sexuales “en cuanto movidos, además, por la finalidad de obtener una satisfacción sexual (...) Debieran excluirse de la vertiente típica de estas figuras delictivas, aquellas otras conductas que sólo de modo muy superficial o muy leve (un beso, una caricia o cualquier tocamiento impúdico”, vid.,

En definitiva, comportamientos violentos o intimidatorios de inequívoco contenido sexual⁶²⁷ y de una cierta gravedad suficiente para constreñir la voluntad de la víctima, excluyendo los actos de importancia menor y exigiendo contacto corporal⁶²⁸. Además, deberá tenerse en cuenta el contexto social en que se realizan.

Una vez definidos los actos sexuales típicos, debemos ver el cambio efectuado en el modo de ejecución de la conducta típica a través de los concretos medios comisivos para vencer el consentimiento de la víctima: La concurrencia o no de violencia o intimidación⁶²⁹.

La primera modificación radica en la nomenclatura empleada para el primero de los supuestos, que de fuerza pasó a denominarse violencia. La razón legislativa principal para el citado cambio estaba en que, jurisprudencialmente, se había empleado el término fuerza a la ejercida sobre las cosas⁶³⁰ y, el de violencia o vis física, a la ejercida sobre las personas. Por lo que, la reforma, fue acogida positivamente, por entenderse que hacía una mejor referencia a la violencia típica exigida.

En segundo término, debe tenerse en cuenta que, dado que la concurrencia de violencia o intimidación determina, asimismo, la existencia del propio delito de agresión sexual, poseen la función de ser el medio por el cual se vence la voluntad contraria del

MAQUEDA ABREU, M.L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, op. cit., p. 81.

⁶²⁷ ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 217.

⁶²⁸ Para más abundamiento sobre los criterios correctivos necesarios para la interpretación del delito de agresiones sexuales, considerando que los actos integradores de la conducta típica, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., pp. 361 y 362.

⁶²⁹ Recordemos que anteriormente, la violencia o intimidación operaban exclusivamente como meros supuestos típicos del delito de violación y del delito de agresiones sexuales, pero no como elementos integradores e indispensables del tipo.

⁶³⁰ En diferentes interpretaciones sobre el delito de apoderamiento.

sujeto pasivo⁶³¹. Y, como consecuencia, en aquellos casos en los que conste la voluntad contraria de la víctima, se comportarán como mero acompañamiento del atentado sexual⁶³².

Entonces, como el modelo de consentimiento que introdujo la reforma está basado en los medios empleados para vencerlo, deberá existir una violencia expresa y diferente al propio acto sexual en sí mismo considerado, en el sentido de que éste no puede considerarse integrador de la violencia que exige el tipo penal, sino que son elementos separados y autónomos del mismo⁶³³.

La violencia típica, entonces, queda definida como la fuerza física aplicada directamente sobre el sujeto pasivo⁶³⁴ y, la intimidación, como la amenaza de un mal posible, en el sentido de ineludible para el sujeto pasivo y que depende de la voluntad del que amenaza, provocando un constreñimiento efectivo de la voluntad de la víctima⁶³⁵.

Respecto a las concretas características que debe ostentar la violencia típica, poco o nada cambiaron con la reforma⁶³⁶. Aun así, vamos a efectuar una breve recopilación de

⁶³¹ “De forma que entre la coacción y el acto sexual hay una relación causal que hace a ésta consecuencia de la primera”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 359

⁶³² “Y es que donde esté acreditada la falta de consentimiento de la víctima, aunque seguirá siendo precisa la violencia o la intimidación, éstas no tienen el sentido finalista de dirigirse a vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, sino que cumplen un mero, pero necesario, papel de acompañamiento a la relación sexual”, vid, ibidem, p. 359.

⁶³³ “Así lo resalta la prosa legal, que define a las agresiones sexuales como un atentado sexual con violencia o intimidación, lo que convierte a ambas en un componente añadido a la propia relación sexual en sí”, considerando, entonces, atípicos los supuestos de relaciones con persona incapacitada para resistir derivada de las condiciones del sujeto pasivo, por ejemplo, persona parapléjica, como si lo es por un comportamiento previo de un tercero, por ejemplo, si la víctima ha sido atada previamente. Vid., ibidem, p. 359.

⁶³⁴ Es decir, el maltrato de obra que es empleado para imponerle un comportamiento sexual no consentido.

⁶³⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 360.

⁶³⁶ Sobre la interpretación jurisprudencial de la violencia, vid., CUGAT MAURI, M., “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, en Jueces para la Democracia, núm. 20, 1993, pp. 73 y ss.

las mismas. En primer lugar, debe ser de una entidad necesaria⁶³⁷ para lograr doblegar la voluntad de la víctima, debiendo ser ponderada según las circunstancias específicas de cada caso y sin que pueda exigirse una “*resistencia heroica*”⁶³⁸. De igual forma, no se exige una duración temporal extensiva a la totalidad del acto sexual impuesto, sino que es suficiente para integrar el tipo que se de forma previa o coetánea al inicio del mismo⁶³⁹.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el inicial empleo de violencia puede llegar a operar como intimidación⁶⁴⁰ en la víctima en aquellos casos en los que se produce amenaza de seguir ejerciendo violencia si ésta no accede a las peticiones del agresor⁶⁴¹. En este sentido, generalmente será encuadrado como un supuesto de agresión violenta; mientras que, si la violencia es ejercida contra un tercero, será constitutiva de agresión intimidatoria⁶⁴².

⁶³⁷ En este sentido, y tampoco para la intimidación, no se exige que tengan una determinada o cierta entidad, “*por lo que, en principio, podría integrar el delito cualquier forma de coacción física o psíquica, cualquiera que sea su gravedad e importancia: sujetar levemente por los brazos, empujar, amenazas livianas, etc.*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 360.

⁶³⁸ Haciendo referencia el respecto, y calificándolos como agresiones sexuales, a “*aquellos casos en los que el sujeto activo no necesita usar una violencia extrema por hallarse la víctima en situación de indefensión o agotamiento; así por ejemplo, por haber sufrido una agresión anterior, hallarse parcialmente inmovilizada, etc.*”, vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 54 y cita 22.

⁶³⁹ Característica que se hace extensiva a la modalidad intimidatoria. Al respecto, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 360.

⁶⁴⁰ De hecho, en la práctica, suele ser normal que vayan unidas, y que la aplicación de violencia genere efectos intimidatorios sobre el sujeto que lo sufre. Vid., *ibidem*, p. 360.

⁶⁴¹ Como ya vimos, para GIMERNAT ORDEIG, E., debe estudiarse el caso concreto, para proceder a la calificación de uno u otro medio comisivo, si ha sido la violencia o la intimidación lo que finalmente determinó la voluntad de la víctima. Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria”, op. cit., pp. 491 y ss.

⁶⁴² Para LAMARCA PÉREZ, C., resulta irrelevante la distinción entre uno u otro medio comisivo para la calificación como agresión sexual, siempre y cuando se logre doblegar la voluntad de la víctima por medio de una de las dos. Asimismo, destaca que, en la práctica, cuando el agresor no haga uso de medios específicos de intimidación como, por ejemplo, armas, solo acreditando la inicial vis física podrá probarse el hecho típico. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 54 y cita 23.

A diferencia de la violencia, si se realizaron algunos cambios interpretativos sustanciales respecto a la intimidación, sobre todo, respecto a su entidad o intensidad. Se abogó a favor de que, al igual que la violencia, el temor infundido por la intimidación sea de entidad suficiente o determinante para que la víctima consienta la realización de la conducta sexual, dejando atrás las interpretaciones más rigoristas⁶⁴³ que limitaban la consideración de relevante a aquellas amenazas que lo fuesen de un hecho considerado delito de igual o mayor gravedad o que el mal atentase contra la vida o integridad⁶⁴⁴.

Respecto a la configuración legal de los medios comisivos, ciertas voces críticas consideraron que, la concurrencia de, sobre todo, violencia, no puede ser sinónimo de automática aplicación del tipo penal, pues se estaría, de ese modo, coartando la libertad sexual, que paradójicamente se intenta proteger, de aquellos sujetos que, libremente, decidan incorporar actos violentos en sus relaciones sexuales⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria”, op. cit., pp. 489 y ss.

⁶⁴⁴ “Ciertamente, debe realizarse en este punto una interpretación lo más estricta posible, pero que tenga también en cuenta las circunstancias del hecho y quizás, muy singularmente, las que concurran en el sujeto pasivo siempre que sean abarcadas por el dolo del autor (...) así, por ejemplo, cuando el autor sabe que la víctima padece una fortísima claustrofobia y amenaza con encerrarla en un lugar muy reducido”, vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., pp. 54 y 55 y cita 27.

⁶⁴⁵ A favor de la consideración de la libertad sexual como un bien jurídico disponible y teorizando sobre diferentes supuestos en los que el sujeto pasivo puede consentir el empleo de violencia o intimidación, GONZÁLEZ RUS, J.J., en el sentido de que “el delito de agresión sexual no es igual a comportamiento sexual violento, ni tampoco igual a comportamiento sexual no querido, sino que resulta equivalente a relación sexual no consentida y violenta (...) Siendo así, donde medie el consentimiento válido no podrá hablarse de atentado contra la libertad sexual, de manera que la presencia del mismo destipifica el hecho, aunque la relación sexual se produzca con violencia o intimidación: por eso, los comportamientos sádicos o sadomasoquistas consentidos por el sujeto pasivo no constituyen agresión sexual”, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., pp., 357 y 358.

1.3.1.1. Especial mención a la resistencia

¿Es posible la violencia sin resistencia? El debate doctrinal y jurisprudencial⁶⁴⁶ al respecto sigue siendo extenso ya que, aun con la reforma, seguía siendo parte implícita del delito de agresión sexual, sobre todo, en aquellos supuestos en donde no conste acreditada la falta de consentimiento del sujeto pasivo⁶⁴⁷. Eso sí, aunque elemento implícito, no será un elemento preponderante que deba adquirir un protagonismo superior al de los elementos explícitos, como lo son la falta de consentimiento y la violencia o intimidación⁶⁴⁸.

A favor de la necesidad de apreciación de la resistencia, se argumentaba que, en la modalidad violenta, se presupone no sólo que la víctima no da su consentimiento a la relación sexual, sino que se opone a ella. Y, dicha oposición, podrá ser expresa, tácita, mediante actos concluyentes, o incluso presunta. No bastaría, entonces, con una mera falta de consentimiento, ni tampoco, con constatar la oposición de la víctima, por rotunda

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., realizó un extenso análisis jurisprudencial al respecto, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “¡No! y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales”, en Estudios Penales en homenaje a Gimbernat, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2022-2027.

⁶⁴⁷ A favor de esta tesis GONZÁLEZ RUS, J.J., que argumenta en base a la consideración del delito de agresión sexual como comportamiento sexual no consentido y violento. En estos supuestos, argumenta que la única forma de comprobar que estamos ante un acto que se realiza contra su voluntad es la medida y la forma en que se opone a la relación sexual violenta. No será un elemento determinante, si consta claramente la voluntad del sujeto, aunque sí será necesario el empleo de violencia e intimidación. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 360.

⁶⁴⁸ “Convirtiéndola en el pivote central de la interpretación y aplicación de la figura legal. Ni ello debe ser así ahora, ni tenía por qué haberlo sido antes, porque la resistencia sólo debe ser un elemento a considerar cuando no conste por otros medios, derivables incluso de las circunstancias en que se produce el hecho (tiempo, lugar, relación entre los sujetos, etc.), que el sujeto pasivo no consiente la relación sexual. Y desde esta perspectiva, debe ser analizada, ahora y antes, su forma e intensidad, exigiéndola únicamente en estos casos, y reclamando tan sólo la que resulte precisa para acreditar la inequívoca voluntad contraria a la víctima”, Ibidem, p. 360.

que sea⁶⁴⁹. En definitiva, que se tratase de una resistencia real, verdadera, decidida, continuada y exteriorizada inequívocamente⁶⁵⁰.

Pues bien, a pesar de este debate, la sustitución del término fuerza por el de violencia provocó una atenuación de los requisitos exigidos, reconsiderándose el papel de la resistencia, sobre todo en lo relativo a la irresistibilidad y grado de resistencia exigible a la víctima. A lo que se suma que, además, no debe ser considerada como un elemento típico del delito⁶⁵¹.

1.3.2. El tipo agravado del artículo 179

El tipo agravado de agresión sexual concurre cuando la conducta típica consista en acceso carnal o penetración por vía anal o bucal, o introducción de objetos. Dado que hemos estudiado supra la equiparación de la conducta típica y de los sujetos intervinientes, nos referimos a lo dicho supra en cuanto a las consideraciones típicas que de este tipo cabe hacer.

1.3.3. Las circunstancias agravantes del artículo 180

Una de las novedades introducidas por el Código Penal de 1995 fue la creación ex novo de un tipo penal, el artículo 180, en donde se establecen una serie de circunstancias cuya concurrencia aumenta la pena de cuatro a diez años para las

⁶⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS J.L., en DÍEZ RIPOLLÉS J.L., y ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen II, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004, p. 290.

⁶⁵⁰ ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op.cit., p. 90.

⁶⁵¹ GONZALEZ RUS, J.J., *¡No! y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales)*, op. cit., p. 2019.

agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179 y, además, si concurriesen dos o más circunstancias, las penas se impondrán en su mitad superior⁶⁵².

Pues bien, la primera de las circunstancias es aquella que contempla aquellos supuestos en los que *“la violencia o la intimidación ejercida revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*⁶⁵³, tratándose, en cierta forma, de la adaptación del antiguo artículo 430, que cualificaba las agresiones sexuales si *“se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios”*⁶⁵⁴.

La principal diferencia estriba en que el ámbito de aplicación es más restringido, tanto en la intensidad o gravedad del ataque –por haberse prescindido de los medios o modos brutales, siendo únicamente típicos aquellos casos en los que se vulnera la dignidad de la víctima⁶⁵⁵–, como en la degradación o vejación, que solo opera en aquellos supuestos en los que se refiera a la violencia o intimidación empleada, pues, de la redacción inicial, parecía excluirse la aplicación a los modos de realización de las conductas⁶⁵⁶. Es decir, esta primera circunstancia agravante requiere que la violencia o

⁶⁵² Lo cual, para el caso de agresiones sexuales consistentes en acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos, hace que en algunos supuestos pueda llegar a superar la pena prevista para el homicidio, que es de diez a quince años.

⁶⁵³ Artículo 180 1ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁵⁴ Artículo 430 del Código Penal de la reforma operada en 1989.

⁶⁵⁵ En contra, LAMARCA PÉREZ, C., quien añade que *“los supuestos que afectan a la gravedad del ataque no pueden ser tampoco incardinados en la circunstancia 5ª, que hace referencia a la utilización de medios peligrosos susceptibles de producir muerte o lesiones. En todo caso, los daños a la integridad física que vayan más allá de la violencia necesaria para la realización del tipo de agresión darán lugar al correspondiente concurso de delitos”*, vid. LAMARCA PÉREZ, C., *“La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”*, op. cit., p. 55 y cita 29.

⁶⁵⁶ Parcialmente en contra, LAMARCA PÉREZ, C., *“La realización de una conducta sexual contra la voluntad del sujeto resulta por lo general humillante en sí misma y en particular en aquellos casos de penetración bucal o introducción de objetos, por lo que, ciertamente, la aplicación en estos casos de la circunstancia cualificadora supondría vulnerar el principio non bis in idem. Con todo, tampoco son de descartar supuestos en los que la propia acción sexual, al margen de la violencia o intimidación utilizadas, se realiza de un modo particularmente degradante o vejatorio, lo que a mi juicio, debería ser también objeto de reproche penal”*, Ibidem, p. 55 y cita 31.

intimidación, y no el acto sexual en sí, tengan un carácter particularmente degradante o vejatorio⁶⁵⁷.

Respecto a la consideración objetiva-subjetiva de la circunstancia referida a los tratos degradantes o vejatorios, la doctrina mayoritaria se inclinó por considerarla de carácter objetivo, en el sentido de que los medios comisivos empleados deben ser objetivamente degradantes para la víctima⁶⁵⁸.

En segundo término, se incluye como circunstancia cualificadora aquellos hechos que “*se cometan por tres o mas personas actuando en grupo*”⁶⁵⁹. Es decir, aquellos casos de violencia sexual colectiva que habían venido siendo reclamados por la doctrina dada la gravedad de este tipo de conductas⁶⁶⁰ y la frecuencia con la que se da en este tipo de delitos⁶⁶¹. Gravedad intrínseca que no solo opera por el mayor riesgo lesivo al que se expone a la víctima, sino también porque las posibilidades de defensa quedan claramente disminuidas.

⁶⁵⁷ A favor, GONZÁLEZ RUS, J.J., en los siguientes términos: “*Que no se refiera al acto de naturaleza sexual resulta lógico si se considera que el art. 179 ha agravado ya los supuestos que pueden considerarse más graves. El término particularmente salva la objeción de que cualquier atentado sexual es agravante y vejatorio, por lo que se requiere una violencia acreditativa de una especial intención de humillar o ultrajar a la víctima, mortificándola más allá de lo que es propio de este tipo de agresiones. No se comprende la utilización de una violencia excesiva o parcialmente grave, eventualmente incluíble en la circunstancia 5ª, sino la que incrementa los contenidos de explotación y desprecio personal que son consustanciales al delito*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

⁶⁵⁸ ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, en LATORRE LATORRE, V., (coord.), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 47; a favor, pero considerando incluidas, desde una óptica subjetiva, aquellas circunstancias que, desde una perspectiva cultural de la víctima, y siempre que se conocido y aprovechado por el agresor, sean igualmente degradantes o vejatorias, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55 y cita 30.

⁶⁵⁹ Artículo 180 2ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁶⁰ Que, hasta el momento, había dado lugar en algunos supuestos a la aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad. Al respecto, y considerando que dicha circunstancia queda relegada a aquellos casos de participación de dos sujetos, y siempre que no exista un reparto de papeles entre ambos para la aplicación de violencia y la realización de la conducta sexual, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55 y cita 32.

⁶⁶¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

Ahora bien, para su aplicación, se exige que la actuación grupal haya sido acordada de común acuerdo y de forma previa a la perpetración del hecho delictivo, sin que sea necesario que todos los participantes lleven a cabo la conducta sexual, siempre y cuando hayan participado en la agresión⁶⁶². Además de esta actuación conjunta, se requiere la participación de tres personas y dará lugar a la coautoría material de los intervinientes en tantas agresiones sexuales como en conjunto hayan cometido⁶⁶³.

En el mismo sentido respecto a la especial indefensión del sujeto pasivo, cualifica la conducta que la víctima sea “*persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*”⁶⁶⁴. Varios son los supuestos que quedan incluidos como integradores de la vulnerabilidad de la víctima⁶⁶⁵.

En primer lugar, aquellas situaciones de vulnerabilidad por razón de su edad, quedando incluidos tanto los casos de minoría de edad⁶⁶⁶, como sujetos de avanzada edad o ancianos valetudinarios⁶⁶⁷, y siempre en relación con la del autor o el estado físico

⁶⁶² ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 44.

⁶⁶³ En este sentido, “*la referencia a la comisión del hecho permite incluir tanto los casos en los que los componentes del grupo sean todos coautores como cuando intervienen también cómplices. La razón de la agravación, próxima a la del art. 22,2ª, de inclusión acertada, y frecuente en el derecho comparado, es clara: la pluralidad de personas aumenta los componentes violentos e intimidativos del hecho, asegura la comisión del delito y reduce drásticamente las posibilidades de defensa de la víctima*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

⁶⁶⁴ Artículo 180 3ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁶⁵ En este sentido, para GONZÁLEZ RUS, J.J., “*no cualquiera, sino los que se deban a una especial vulnerabilidad que los hace presa fácil de sujetos desaprensivos. En realidad, el fundamento último de esta circunstancia es semejante al abuso de superioridad, y en términos semejantes a ella debe ser interpretada*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

⁶⁶⁶ Sustituyendo a la antigua referencia de menor de doce años.

⁶⁶⁷ “*Algo que no se contemplaba en la normativa precedente, pese a que su desvalimiento es similar al de los menores o incluso en ocasiones de mayor entidad al tratarse de una conducta violenta*”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55.

recíproco⁶⁶⁸ Eso sí, y como consecuencia, lo relevante es la situación de desvalimiento, y no la edad concreta que pueda tener la víctima.

La vulnerabilidad por razón de la enfermedad o por encontrarse en determinadas situaciones, debe ser diferenciada de la anterior legislación. Y es que, al tratarse de una circunstancia cualificadora de las agresiones sexuales que, además agrava la conducta, se restringe a aquellos casos contruidos en base a una agresión violenta, quedando excluidos aquellos casos en los que la víctima consiente la conducta, aunque se trate de un consentimiento viciado o para cuyo otorgamiento se carece de capacidad⁶⁶⁹.

Asimismo, surge la problemática de si deben ser incluidos aquellos casos en los que la situación de especial vulnerabilidad de la víctima se da, precisamente, por el ejercicio de violencia sobre ésta⁶⁷⁰; y también sobre aquellos supuestos en los que la víctima se encuentra imposibilitada para rechazar la violencia que se ejerce sobre ella⁶⁷¹.

En definitiva, se consideró que la referencia a enfermedad hace referencia tanto a alteraciones físicas que impidan o reduzcan significativamente las posibilidades de

⁶⁶⁸ *“En todo caso, parece que deberá apreciarse cuando el sujeto sea menor de doce años”*, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

⁶⁶⁹ LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55.

⁶⁷⁰ En contra, y poniendo el ejemplo de que el sujeto activo deje sin conocimiento a la víctima para tener acceso carnal con ella, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55.

⁶⁷¹ A favor, siempre y cuando la conducta haya sido calificada de agresión sexual y no de abuso, ORTOS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 44; en contra, y alegando que es precisamente ese estado lo que permite calificar el hecho como agresión, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 55.

defensas, como psíquicas⁶⁷². Y, con la referencia expresa a cualquier otra situación de la víctima, se podrá acoger cualquier hipótesis que genere el mismo efecto⁶⁷³

La siguiente circunstancia agravante cualifica la agresión sexual que “*se cometa prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima*”⁶⁷⁴. Respecto a sus consideraciones típicas, poco cabe decir, más allá de que parece operar como una adaptación de las antiguas conductas de estupro, nada novedoso al respecto.

Parte de la doctrina se posiciona en contra, por considerar que si se parte de una conducta violenta o intimidatoria, la relación de parentesco no añade ningún desvalor a la misma. En el sentido de que, si la razón de incluir esta circunstancia está en que dicha violencia o intimidación resulte más eficaz en el ámbito familiar, en donde la víctima puede hallarse en una situación de mayor indefensión, podría haber quedado incardinado en la anterior circunstancia de especial vulnerabilidad. Por tanto, para aplicar la circunstancia debe entenderse que el agresor se prevalezca⁶⁷⁵ de su situación de superioridad originada por el parentesco⁶⁷⁶.

⁶⁷² Por ejemplo, en los casos de trastorno o debilidad mental, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 365.

⁶⁷³ Por ejemplo, gran desproporción de fuerzas o privación de sentido. En contra de incluir aquellos casos de agresión de dos sujetos o de aprovechamiento por el autor de la indefensión de la víctima, como por ejemplo persona parapléjica o atada por un tercero. Vid., ibidem., p. 365.

⁶⁷⁴ Artículo 180 4ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁷⁵ No resulta suficiente la existencia de esa relación de parentesco, sino que es necesario que el autor se prevalezca de ella: “*su utilización consciente por parte del autor para ver facilitada la comisión del delito*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 366.

⁶⁷⁶ “*Pues de otra forma cabe que, en la práctica, se produzca una aplicación meramente objetiva de la circunstancia, lo que no debería de tener, contra el sentido general de la reforma, una cierta carga moralizante*”, vid. LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 56

En definitiva, para apreciar la circunstancia agravante de parentesco es preciso que concurran los elementos específicos recogidos en el tipo penal –violencia o intimidación, o acceso carnal, penetración anal o bucal o introducción de objetos– ya que el vínculo parental no puede sustituir la necesaria concurrencia de los mismos⁶⁷⁷.

Por último, se hace referencia a que “*el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150*”⁶⁷⁸. Esto es, pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica⁶⁷⁹; o pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad de éstos⁶⁸⁰.

De la redacción expresa de la circunstancia, no cabe otra interpretación que entender que comprende tanto los medios utilizados para ejercer la violencia física, como la realización de las concretas conductas sexuales que el sujeto activo lleve a cabo sobre el pasivo y que causen el riesgo descrito, especialmente en la modalidad comisiva consistente en introducción de objetos⁶⁸¹. Es decir, quedan incluidos el uso de procedimiento que puedan ser considerados de la misma y especial peligrosidad⁶⁸².

En este sentido, se requiere la constatación de la objetiva peligrosidad de los instrumentos utilizados⁶⁸³, pero, también, de las características físicas del sujeto

⁶⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 366.

⁶⁷⁸ Artículo 180 5ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁷⁹ Artículo 149 del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁸⁰ Artículo 150 del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁶⁸¹ LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 56.

⁶⁸² GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 366.

⁶⁸³ A favor, y entendiendo que excluir de la agravación otro tipo de lesiones menos graves “*ha de servir para evitar la apreciación automática y exigir una cierta peligrosidad objetiva en el objeto o en el*

pasivo⁶⁸⁴. Además, no basta con la mera exhibición de estos medios⁶⁸⁵, sino que se el agresor deberá hacer uso efectivo de ellos⁶⁸⁶.

Respecto a si queda incluido el supuesto por el que el sujeto activo pueda transmitirle al pasivo una enfermedad de transmisión sexual, se resolvió que, de la interpretación estricta de la redacción penal, en donde se hace referencia expresa al uso de medios, se resolvió descartándolo⁶⁸⁷.

1.4. Los abusos sexuales en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El texto original del Código Penal de 1995

El delito de abuso sexual consiste, a priori, en aquella conducta típica caracterizada por la realización de conductas de contenido sexual sin violencia o intimidación, siendo, en definitiva, la adaptación que el Código Penal de 1995 realizó de las antiguas conductas de estupro. En este sentido, pueden ser definidas como cualquier acto sexual no querido que atente contra la libertad sexual de otra persona, realizado sin violencia o intimidación.

procedimiento utilizado. De esa naturaleza son sin duda las armas, de fuego o blancas, y los objetos contundentes como barras de hierro, cadenas, palos, etc.", vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los delitos de agresiones y abusos sexuales", op. cit., p. 366.

⁶⁸⁴ Especialmente relevante si se trata de víctimas de corta edad.

⁶⁸⁵ Que, entonces, daría lugar a una agresión intimidatoria sin que se pudiera aplicar la circunstancia agravante, pues se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem*.

⁶⁸⁶ "No basta con que el sujeto los lleve consigo, sino que deben ser utilizados como medio de la violencia o la intimidación (haga suso), pues sólo en ese caso pueden producir el riesgo requerido por la circunstancia", vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los delitos de agresiones y abusos sexuales", op. cit., p. 366.

⁶⁸⁷ "Si se produce esa transmisión con dolo directo o eventual existirá un concurso ideal de delitos entre la agresión y el homicidio o el asesinato, concurso que será real en el supuesto de que la muerte sea debido a un contagio por imprudencia", LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal", op. cit., p. 56 y cita 36.

Dos son las modalidades contempladas o categorías que pueden ser distinguidas: Aquellos abusos sexuales realizados sin consentimiento, recogidos en el artículo 181 apartado primero, y aquellos otros que se producen con consentimiento viciado, bien porque se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad, recogidos en el artículo 181 apartado tercero, o porque medie prevalimiento o engaño, recogidos en el artículo 183.

1.4.1. El tipo básico del artículo 181

El artículo 181 recoge aquellos actos atentatorios de la libertad sexual realizados sin violencia o intimidación, pero también sin consentimiento. Con una novedad legislativa, y es que la pena a imponer es multa de doce a veinticuatro meses, reservándose la pena de prisión, que asciende de cuatro a diez años, como veremos más adelante, cuando la conducta consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, y de uno a seis años si en vez de violencia o intimidación media abuso de superioridad.

El principal problema del tipo base de abuso sexual fue el relativo a su posibilidad fáctica, pues se consideró que era improbable que la conducta típica pudiera llevarse a cabo sin forzar la voluntad de la víctima y que, a su vez, la víctima no fuera menor de edad, estuviera privada de sentido o se abusase de su trastorno mental, supuestos todos ellos del tipo agravado del artículo 182⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 56.

Se teorizó, entonces, sobre que actos eran susceptibles de incardinar la conducta típica. Parte abogó por los contactos corporales más leves⁶⁸⁹, otros por aquellos pequeños abusos que pueden llegar a producirse en las aglomeraciones o de un modo sorpresivo⁶⁹⁰ y, en definitiva, se abogó por entender que la conducta típica hace referencia aquellos supuestos, no exentos de polémica, en los que se da una absoluta incapacidad de resistencia derivada de causas naturales⁶⁹¹, aprovechadas por el agresor para llevar a cabo la conducta sexual sin violencia o intimidación⁶⁹².

En definitiva, de la regulación paralela que se realiza respecto al delito de agresiones sexuales, en el sentido de diferenciar cualquier acto de contenido sexual de los que consistan en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, podemos deducir que éstos son, precisamente, idénticos a los allí recogidos y vistos supra⁶⁹³. Y es que, debe quedar claro que la diferencia entre ambos delitos no estriba en la naturaleza del acto impuesto, sino en la forma en la que concretamente se atenta contra la libertad del sujeto pasivo: En las agresiones sexuales, con violencia o intimidación y, en los abusos, sin la concurrencia de éstas.

Respecto al apartado primero del artículo 181, basta con que se acredite que el sujeto pasivo no acepta el comportamiento sexual⁶⁹⁴ y, por tanto, dado que no puede

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 56.

⁶⁹⁰ ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 39.

⁶⁹¹ Que, por tanto, hacen que la víctima esté consciente y a priori pueda manifestar su oposición.

⁶⁹² LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., pp. 56 y 57.

⁶⁹³ “Como consecuencia, lo que queda dicho para el art. 178 sobre los actos capaces de integrar el delito puede darse por reproducido aquí: es preciso que haya contacto corporal entre los sujetos, en el sentido amplio que se expuso y es preciso, del mismo modo, que el comportamiento sexual tenga una cierta entidad objetiva”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 367.

⁶⁹⁴ “Es suficiente, pues, con que el sujeto pasivo diga claramente: ¡No!”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 367.

mediar violencia o intimidación, la resistencia queda totalmente excluida. En este sentido, se consideró que, entonces, lo que parece castigar el tipo base de abuso sexual son aquellos comportamientos no queridos y no violentos que la víctima se limita a soportar pasivamente⁶⁹⁵.

El apartado segundo del artículo 181 especifica aquellos casos en los que, en ningún caso, podrá considerarse que media consentimiento: menores de doce años y personas privadas de sentido o de las que se abuse de su trastorno mental⁶⁹⁶, elevando la pena a prisión de seis meses a dos años. Supuestos que, en la anterior legislación, eran equiparados tanto a las agresiones mediante el empleo de fuerza o intimidación como al delito de violación. Por lo que, considerar a estos supuestos como abusos sexuales en vez de agresiones, resultó una novedad legislativa del Código Penal de 1995.

Se trata, entonces, de supuestos en los que, aunque dichos sujetos pasivos consientan el delito, éste se da de igual manera. Lo que sirvió para que, parte de la doctrina, fundamentase a favor de la consideración de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido para estos casos⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ “Ello abre grandes posibilidades al error sobre la presencia de consentimiento, cuya presencia, tanto si es vencible como invencible, determinará la impunidad del hecho, dado que no está castigada la forma imprudente de comisión”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 367.

⁶⁹⁶ Debe establecerse una diferenciación entre los sujetos intervinientes. Por un lado, tenemos a los menores de doce años, a las personas privadas de sentido y las que sufran un trastorno mental, todos ellos incluidos en el apartado segundo. Sin embargo, los sujetos simplemente incapaces que, dado que no pueden prestar un consentimiento válido, deben ser incluidos en el apartado primero.

⁶⁹⁷ “Aunque consientan hay delito, lo que significa, con toda evidencia al menos de los dos primeros supuestos, que no se les reconoce capacidad alguna para autodeterminarse sexualmente. O lo que es lo mismo: que son sujetos a los que no se les reconoce la posibilidad de ejercitar la libertad sexual; en un caso por una presión iuris et de iure, fundamentada en la inmadurez del sujeto debida a su corta edad; en otro, por la situación en que se encuentra la víctima; luego no es ésta, sino la indemnidad sexual, el bien protegido”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 367.

Aunque el cambio de denominación fue generalmente bien acogido por la doctrina, no lo fue tanto de la regulación respecto a su penalidad, que resulta especialmente agravada respecto de todos los demás casos de abuso sexual. Y es que, cuando dichas circunstancias forman parte del artículo 181, y, en definitiva, son mas leves, su penalidad se eleva, recordemos que la pena prevista para el tipo base es de multa de doce a veinticuatro meses; pero, si se produce acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, a tenor del artículo 182, la sanción a poner es idéntica, lo que fue considerado, cuando menos, incoherente⁶⁹⁸.

Centrándonos en las dos circunstancias del artículo 182 2ª, podemos concluir que resultan casi idénticas con las contempladas en la legislación anterior, por lo que pocas consideraciones típicas caben hacer al respecto. Si bien, varios fueron los puntos polémicos.

El primero de ellos, el relativo a la minoría de edad, fijada en doce años. Las críticas se centraron en que únicamente se hace referencia a la edad cronológica y no mental de la víctima, presumiendo *iure et de iure* la incapacidad de prestar consentimiento de dichos sujetos⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ “De este modo, realizar tocamientos lascivos a menores de doce años se sanciona con una pena más grave que si el sujeto pasivo es mayor de esa edad, lo que no deja de tener su sentido, pero si la acción consiste, por ejemplo, en tener acceso carnal con ese menor no se realiza, sin embargo, un mayor reproche (...) quizás lo que aquí se pretendió, sencillamente, es que en estos casos la pena fuera siempre privativa de libertad, lo que no ocurre en los abusos leves sin consentimiento para lo que se prevé pena de multa; el amplio margen de extensión de la pena del tipo agravado, prisión de cuatro a diez años, permitirá, por su parte, que los tribunales puedan tener en cuenta diversas situaciones previstas por los números 1 y 2 del artículo 181”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 57 y nota 43.

⁶⁹⁹ Ibidem, p. 57.

El segundo, respecto de la privación de sentido que, si seguimos su concepción histórica, comprende aquellos supuestos en los que la víctima se halla en estado total o parcial de inconsciencia, a aquellas situaciones de abolición transitoria de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto⁷⁰⁰. En definitiva, en una situación donde no puede manifestar libremente su oposición a la conducta sexual⁷⁰¹.

Si afirmamos dicho extremo, no se trataría, entonces, de un supuesto de irrelevancia del consentimiento, como parece exigir el tipo, sino que la presunción se lleva a cabo sobre su ausencia, en el sentido de que resultaría posible probar su existencia aunque, finalmente, no se tuviera en cuenta⁷⁰².

Respecto a la extensión de los casos susceptibles de integrar la expresión “*personas que se hallen privadas de sentido*”, la interpretación mayoritaria estuvo en entender que la privación a la que hace referencia el legislador se trata de aquellas circunstancias que pueden derivar tanto de causas naturales como provocadas por la víctima o un tercero. Y que, además,

Pero, y aquí está la diferencia con la legislación anterior, los supuestos en los que es el autor quien causa ese estado deberán ser calificados como agresiones sexuales de modalidad violenta⁷⁰³. Y es que, recordemos que el antiguo artículo 429 2º respecto al

⁷⁰⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 368.

⁷⁰¹ Por ejemplo, por estar desmallado o narcotizado. Vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 57.

⁷⁰² Por ejemplo, aquellos casos en los que es el propio sujeto pasivo quien ingiere alcohol para desinhibirse ante la conducta sexual. Vid., Ibidem, p. 57 y nota 45.

⁷⁰³ En contra, GONZÁLEZ RUS, J.J., para quien es “*indiferente que haya sido el sujeto activo el que haya provocado el estado del sujeto pasivo o que se limite a aprovechar la situación creada por un tercero o por la propia víctima*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 368. A favor, LAMARCA PÉREZ, C., y ORTS BERENGUER, E., “*según creo, ésta es, en efecto, la interpretación que debe prevalecer cuando la situación de privación de sentido ha sido provocada violentamente por el propio autor con la finalidad de ejecutar la conducta sexual; es evidente que resultaría absurdo que se calificaran de agresión los casos de violencia donde la víctima no llega a perder*

estupro violento, era equiparado con la violación, por lo que no había problema en considerar que dicha modalidad comisiva estuviera incluida como parte de la conducta típica⁷⁰⁴.

La segunda hipótesis planteada en relación a aquellos casos en los que el autor provoca el estado de la víctima hace referencia a los supuestos en los que el medio empleado es no violento como, por ejemplo, el uso de somníferos. Concluyendo que, entonces, no habría problema para calificar el hecho como abuso sexual⁷⁰⁵.

En tercer lugar, que se abuse del trastorno mental de la víctima, de forma similar al antiguo supuesto en el que se abusaba de su “enajenación”. En definitiva, aquellos casos en los que la víctima sufra de una alteración psíquica que le impida apreciar el significado de la conducta sexual a la que presta su consentimiento. Eso sí, el cambio de referencia a trastorno mental en vez de enajenación abre el abanico de posibles conductas típicas, pues trastorno mental es un concepto más amplio: no se exige carácter permanente, ni tampoco es necesario un origen patológico o morboso, siendo aceptados aquellos trastornos de origen emocional o afectivos⁷⁰⁶.

el sentido e integraran, sin embargo, el tipo más leve de abuso aquellos en los que se logra por los mismos medios que ésta quede inconsciente. En contra, Orts, quien sigue señalando que es indiferente que el autor aproveche el estado de la víctima o lo produzca precisamente para yacer con ella”, Vid, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 57 y nota 47. ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 32.

⁷⁰⁴ ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 99 y 100.

⁷⁰⁵ “Pues no debe resultar irrelevante que el autor, pudiendo elegir, excluya el uso de medios que suponen un mayor riesgo lesivo”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 58.

⁷⁰⁶ Precisamente por el carácter amplio del trastorno mental, se propugnó por una interpretación “lo más rigurosa posible y, sobre todo, que atienda a la necesaria conexión entre la alteración y el concreto tipo de conductas, pues no todo enfermo mental o persona trastornada debe tener limitado su derecho a la sexualidad”, Ibidem, p. 57.

Por último, el tipo base de abuso sexual prevé que el consentimiento “*se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*”⁷⁰⁷, siendo la sanción a imponer multa de seis a doce meses. Se trata, en definitiva, de los tradicionales casos de abusos sexuales por prevalimiento o engaño, denominados estupro de prevalimiento o no violentos, en donde el consentimiento de la víctima se encuentra viciado.

Pues bien, de nuevo, pocas novedades se introdujeron al respecto, excepto el límite de edad del sujeto, ya que para su consideración típica se exige que el sujeto activo se encuentre respecto del pasivo en una situación de superioridad. Pero, y como novedad, las causas pueden ser variada índole, pues no se hace referencia expresa a ninguna de ellas⁷⁰⁸ y, por la misma razón, pueden quedar incluidas aquellas cuyo origen está en el estado de desamparo o inmadurez de la víctima⁷⁰⁹. La única exigencia objetiva consiste, entonces, en que, además de la concreta situación de superioridad, y como ya sucedía en las antiguas conductas, el sujeto activo debe prevalecerse de dicha situación para perpetrar la conducta delictiva⁷¹⁰.

Como se ha adelantado, se eliminó la barrera del límite de edad del sujeto pasivo del delito, que, antiguamente, estaba entre los doce y dieciocho años. Con ello, se atendieron las peticiones que vino solicitando la doctrina⁷¹¹. Si bien, en los casos en los

⁷⁰⁷ Artículo 181 3ª del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁷⁰⁸ Así, por ejemplo, relaciones de docencia, amistad, vecindad, causas económicas...

⁷⁰⁹ A más abundamiento, ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 231 y ss.

⁷¹⁰ En el sentido de “*ser consciente de la influencia que ejerce sobre el sujeto pasivo y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella*”, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 57.

⁷¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, op. cit., pp. 98 y 99.

que media engaño, como veremos en el apartado correspondiente al artículo 183, se mantuvo, y se sigue manteniendo, el límite de edad.

1.4.2. El tipo agravado del artículo 182

De igual forma que para el delito de agresiones sexuales, el artículo 182 recoge varias circunstancias cualificadoras del tipo. La primera de ellas, cuando la conducta típica consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, que, a su vez, contempla dos modalidades comisivas: Aquellos casos de falta de consentimiento, elevando la pena a prisión de cuatro a diez años, y de abuso de superioridad, siendo la pena, en ese caso, de prisión de uno a seis años. Es decir, los medios comisivos son idénticos al tipo base y lo que difiere es la conducta típica realizada.

En segundo término, se eleva la pena en su mitad superior en cualquiera de los casos siguientes:

*“1.º Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima.
2.º Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”*⁷¹²

Así, el primer supuesto, equivalente a los antiguos delitos de estupro incestuoso o estupro-incesto, contempla dos novedades. A saber, la inclusión de relaciones de parentesco tanto adoptivas como consanguíneas y la posibilidad de que el sujeto activo sea descendiente⁷¹³. Pero, para que opere el tipo cualificado de parentesco, el sujeto

⁷¹² Artículo 182 del texto inicial del Código Penal de 1995.

⁷¹³ Antiguamente, solo se contemplaban las relaciones de consanguineidad y el descendiente únicamente podía ser sujeto activo del delito.

activo debe prevalecerse de dicha relación, planteándose un problema interpretativo a la hora de diferenciarlo del abuso por superioridad del artículo 181 3ª. Para algunos, dicho problema se soluciona considerando que el prevalimiento por parentesco es un concepto distinto al de prevalimiento por superioridad⁷¹⁴, mientras, que otros, consideran requisito necesario que el agresor abuse de la superioridad que le otorga su relación parental⁷¹⁵.

Por último, y de idéntica forma a lo previsto para el delito de agresión sexual, la vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación opera como circunstancia agravante. Mismas consideraciones típicas que las allí expuestas cabe hacer respecto de esta circunstancia, a diferencia del problemático supuesto de que la víctima sea menor de doce años⁷¹⁶.

1.4.3. El artículo 183

El artículo 183 del Código Penal recoge aquellos supuestos de abuso por engaño⁷¹⁷ cuando el sujeto pasivo sea mayor de doce años, pero menor de dieciséis, con una pena aparejada de multa de doce a veinticuatro meses. Si la conducta típica consiste

⁷¹⁴ En este sentido, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 59.

⁷¹⁵ A favor, ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 36. En contra, por considerar vulnerado el principio *non bis in idem*, calificando dicho supuesto como integrador de los artículos 181, 1ª y 2ª, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 59 y cita 61.

⁷¹⁶ Ya que dicha circunstancia ya ha sido tenida en cuenta para describir la conducta típica. Se intentó diferenciar dichos supuestos sobre la base de la distinción de si los actos sexuales hayan sido consentidos o no, siendo el caso de anuencia el supuesto típico de la agravación, por ser más grave y afectar en mayor grado al futuro desarrollo sexual del menor. Salvando, de ese modo, el principio de *non bis in idem*. Vid., ORTS BERENGUER, “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, op. cit., p. 36.

⁷¹⁷ Que, parte de la doctrina denominó abuso sexual fraudulento. Por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 371.

en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, la pena se eleva a prisión de seis meses a tres años.

La decisión legislativa de mantener dicho precepto no estuvo exenta de polémica, pues, a las críticas doctrinales que había venido recibiendo, se une su escasa aplicación práctica⁷¹⁸. Y es que no debemos olvidar que el supuesto más comúnmente aceptado como susceptible de producir engaño en la víctima era la promesa de matrimonio⁷¹⁹, algo que, en su momento, dio lugar a numerosos pronunciamientos pero que, en el momento legislativo de promulgación del Código, había quedado superado por la realidad social. Algo que, y comparto la opinión, debería haber sido ya superado⁷²⁰.

Aunque no se produjo dicho cambio legislativo, si tuvo lugar una cierta variación interpretativa, ampliándose las formas de engaño al fingimiento de estado civil, la simulación de matrimonio o falsas promesas, como la futura adjudicación de un puesto de trabajo. Pero, entonces, el límite de edad carecería de sentido.

Comparto la opinión de que, en la realidad práctica, lo que puede suceder es que *“el engaño o supuesto engaño encubra una posición de prevalimiento, dado que la posibilidad de ofrecimiento coloca al sujeto activo en una posición de superioridad que determina o explica el consentimiento de la víctima”*⁷²¹.

⁷¹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, op. cit., p. 371; ORTS BERENGUER, E., Delitos contra la libertad sexual, op. cit., p. 247.

⁷¹⁹ “La promesa de matrimonio no siempre resulta ahora constitutivo de engaño suficiente incluso en los límites de edad de doce a dieciocho años que establece la norma”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 59.

⁷²⁰ Sobre todo, cuando dicho precepto se sigue manteniendo en la actualidad en casi idénticos términos.

⁷²¹ “Por ello, y salvo cuando se produzca ese efectivo prevalimiento, creo que la legislación penal debería abandonar definitivamente su preocupación por el abuso sexual obtenido mediante engaño”, LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, op. cit., p. 59.

2. La Ley Orgánica de 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Como acabamos de observar, no fueron pocos los puntos controvertidos de la nueva legislación introducida por el Código Penal de 1995, lo que provocó que, tras diversas críticas efectuadas por la doctrina respecto a determinados aspectos de política criminal, tuvieron lugar dos proposiciones de modificación: La aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, de 26 de noviembre de 1996, complementada por otra proposición de 6 de mayo de 1997⁷²².

Finalmente, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁷²³, modificó ciertos aspectos de la configuración legislativa de los delitos de agresión y abuso sexual, como la transformación y creación de nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas, la recuperación del empleo del término violación o el cambio rúbrico, que paso a ser “*de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”⁷²⁴.

⁷²² “Una proposición no de ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997, ambas a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, ha instado al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas”. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷²³ Cuya principal justificación estuvo en ciertos aspectos de la punibilidad de los abusos sexuales a menores e incapaces y a la prostitución de los mismos. Vid., Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷²⁴ Título VIII del Código Penal.

En palabras del legislador, el cambio en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual estribó en que éstos no respondían adecuadamente “*ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos*”⁷²⁵.

Es decir, el legislador optó en el clásico debate doctrinal por entender que el bien jurídico protegido no podía ser exclusivamente la libertad sexual sino que, también, estaba integrado por la indemnidad sexual de los menores de edad e incapaces.

Pues bien, más allá de las numerosas opiniones doctrinales al respecto⁷²⁶, respecto del delito de agresión sexual, los cambios no supusieron un giro sustancial de la

⁷²⁵ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷²⁶ Vid., ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad sexual (Perspectiva jurídica y criminológica)*, Legislación, Comentarios, Jurisprudencia, Dykinson, Madrid, 2001, *passim*; ARIAS EIBE, M.J., “Las agresiones sexuales en El Código Penal español: Estado actual de la cuestión”, en *Actualidad Penal*, Editorial La Ley, nº3342, 2001, *passim*; BEGUÉ LIZAÚN, J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Madrid, 1999, *passim*; BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en VALLE MUÑIZ, J.M. (hom.), MORALES PRATS, F. (coord.), QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, *passim*; BUENO ARUS, F., “Análisis general de las últimas tendencias políticas-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación política criminal de la reforma española de 1999”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 21, 1999, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, *passim*; LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A, MESTRE DELGADO,

legislación dada en la materia por el Código Penal de 1995. De hecho, el tipo básico de las agresiones sexuales no experimentó cambio alguno. En mi opinión, el cambio más significativo fue el relativo al *nomen iuris* del tipo agravado de agresión sexual, que volvió a denominarse violación. Lo cual, y al compartir configuración típica respecto a la conducta sexual a realizar, provocó un correlativo cambio en los delitos de abuso sexual.

2.1.El tipo agravado del delito de agresión sexual: Recuperación del término violación y nueva formulación típica

El artículo 179 del Código Penal quedó redactado de la siguiente forma:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”⁷²⁷.

El primer cambio observable es la matización efectuada respecto a la redacción del tipo penal, que pasó de describir la conducta típica como “*acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*”⁷²⁸, a acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos. Es decir, se eliminó el vocablo penetración para sustituirlo por acceso carnal que, en vez de limitarse al vaginal, se extendió al anal o bucal.

E., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001, pp. 129-144; MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., y QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2001; ORTS BERENGUER, E. y ALONSO RIMO, A., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, 1ª edición, Colex, Madrid, 2001, pp. 29-66; ORTS BERENGUER y SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, op. cit., pp. 286 y ss.; PÉREZ PARENTE, J., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunos aspectos polémicos”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2000, pp. 1882-1889,

⁷²⁷ Redacción dada al artículo 179 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷²⁸ Artículo 179 del texto inicial del Código Penal de 1995.

Equiparación no exenta de polémica para cierto sector minoritario⁷²⁹ y es que, como hemos ido viendo a lo largo de la presente, acceso carnal ha ido ligado históricamente al coito heterosexual, a la introducción del pene en la cavidad vaginal. Ya fue ampliado, en 1989, y, de nuevo, la cuestión se centró sobre el alcance del término acceso. Problemática que, bajo mi punto de vista, resulta superflua y ya superada, pues ya habíamos dejado resuelto en 1995 la equiparación del acceso carnal al resto de conductas típicas, así como los sujetos intervinientes, en el sentido de que comete el delito tanto el sujeto activo hombre que introduce el pene en las cavidades vaginales, en caso de sujeto pasivo mujer, anales o bucales, como aquel sujeto activo, hombre o mujer, que se hace penetrar por idénticas vías.

El segundo hace referencia a la modalidad comisiva consistente en introducción de objetos, que restringe específicamente a las dos primeras vías. Esto es, al acceso carnal vía vaginal o anal. Descartando, entonces, como integrante de la conducta típica, la introducción de objetos por vía bucal. Resolvió, de este modo, el legislador, las dudas surgidas por la doctrina acerca de dicha modalidad, siendo la opinión mayoritaria que, entonces, la introducción de objetos por la vía bucal constituiría, en todo caso una agresión del tipo básico⁷³⁰.

⁷²⁹ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., quien seguía considerando de menor entidad y calificables como agresiones sexuales del tipo básico los supuestos consistentes en que el sujeto pasivo se haga penetrar. Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

⁷³⁰ “La introducción de objetos por la boca será calificable, según los casos, como agresión sexual del tipo básico”, vid., ORTS BERENGUER y SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, op. cit., p. 290.

Por último, está la cuestión relativa a la recuperación del término violación como la denominación delictiva del tipo agravado del delito de agresión sexual. Recuperación que respondió al reclamo popular de la época, que se escandalizó por su supresión y que, finalmente, provocó una inclusión que permanece hasta la actualidad, y cuya importancia en el Proyecto de Reforma de garantía integral de la libertad sexual parece estar más al alza que nunca.

Merece la pena efectuar aquí una breve reflexión al respecto, pues se estudiará con más detenimiento en el Capítulo dedicado a la inminente reforma. Es sabido que el legislador de 1995 quiso romper de forma definitiva con la tradición heredada de tiempos anteriores que había sido parcheada pero que, todavía, seguía arrastrando ciertas consideraciones morales de las que toda legislación penalista rigurosa debe huir. La distinción entre agresión y abuso sexual como nuevos emblemas de los delitos contra la libertad sexual pretendían, precisamente, eso, traer la modernidad a la legislación penal española. Paradójicamente, en 1999, valió más el sentir social que la labor legislativa, historia que parece estar condenada a repetirse.

2.2.La reforma de las circunstancias agravantes del artículo 180 del Código Penal

La reforma no afectó a la totalidad de las circunstancias agravantes, sino solo a la segunda, tercera y cuarta, que quedaron redactadas de la siguiente forma:

“2ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”⁷³¹.

La primera reforma afecta a la actuación conjunta como circunstancia agravante que, para entenderla como integrante de la conducta típica se redujo el número de participantes, que pasó de ser tres o más personas a dos o más personas. Nada se argumentó en contra al respecto, si bien, llama la atención, pues precisamente esta circunstancia segunda no se encontraba entre aquellas que habían planteado problemas interpretativos o habían sido criticadas respecto a su contenido típico.

En relación con la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación, nada se aclaró respecto a su contenido típico, más allá de fijar el límite de edad cuando la víctima sea menor de trece años. Algo que, como veremos a continuación, se trata de una adaptación a la edad legal para mantener relaciones sexuales, que fue subida de los doce a los trece años en los tipos de abuso.

⁷³¹ Redacción dada al artículo 180 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VII, del Libro II, del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Por último, el cambio de la circunstancia agravante de parentesco únicamente fue lingüístico. En el sentido de que, en vez de quedar descrita como “*cuando el delito se cometa, prevaleciendo de...*”, pasó a estar redactada de la siguiente forma: “*Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de...*”. Pero, el contenido típico y sujetos intervinientes permanecieron invariables. Si bien, la reforma probablemente se basó en los problemas interpretativos que se alegaron en la anterior legislación, ya que doctrinalmente se exigía no solo la constatación de la efectiva relación de parentesco, sino que el sujeto activo se prevaleciera de dicha relación. Algo que parece quedó solucionado con la reforma.

2.3. Los cambios operados en los artículos 181, 182 y 183, relativos a los abusos sexuales

Pocos son los cambios que se efectuaron para dichos preceptos. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, en palabras del legislador, estos eran los supuestos problemáticos que justificaban la necesidad de la reforma. Pues bien, en primer lugar, el artículo 181 quedó redactado de la siguiente manera:

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.a o la 4.a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código”⁷³².

El primer cambio es el relativo a la penalidad que, de multa de doce a veinticuatro meses se pasó a pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Es decir, se introdujo la pena de prisión como posible consecuencia del delito y se aumentó el límite mínimo de la pena de multa. Cambio que, en líneas generales, resultó positivo.

El segundo, como ya hemos adelantado, eleva la edad de consentimiento para los menores de edad a trece años. Edad que, al igual que en 1995, debe ser valorada en sentido cronológico y no mental. Asimismo, se pasó de emplear el término “*sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental*” a “*sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*”. Reforma aparentemente lingüística y que en nada varió su contenido típico o los sujetos en ellos incluidos. Asimismo, se eliminó la referencia a la pena de prisión de seis meses a dos años para estos dos últimos casos, debiendo entender que, entonces, será de aplicación la pena contenida en el nuevo apartado primero. Esto es, multa de dieciocho a veinticuatro meses o pena de prisión de uno a tres años.

Respecto al apartado tercero del artículo 181, la reforma afectó únicamente a la pena a imponer, que pasó de multa de seis a doce meses a la prevista en el nuevo apartado

⁷³² Redacción dada al artículo 181 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VII, del Libro II, del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

primero. Esto es, de nuevo, multa de dieciocho a veinticuatro meses o pena de prisión de uno a tres años.

La principal diferencia estribó en la inclusión del apartado cuarto, que eleva la pena a su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias tercera o cuarta del artículo 180, las cuales, como acabamos de ver, también fueron modificadas con la reforma. Entonces, el tipo agravado operará cuando el delito de abuso sexual haya sido cometido contra persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de trece años; y cuando el sujeto activo se prevalezca de cualquiera de las relaciones de parentesco legalmente recogidas para perpetrar el hecho delictivo.

Respecto a la inclusión como tipo agravado de abuso sexual la vulnerabilidad por razón de la edad genera bastantes dudas interpretativas. Y es que, si la reforma estableció que, en todo caso, cuando sea menor de trece años cabrá la aplicación automática de la agravación, y el apartado segundo del artículo 181 establece que, en todo caso, no serán consentidas las relaciones sexuales con menor de trece años, podríamos estar ante una vulneración del principio *non bis in idem*.

Por último, merece especial atención el cambio de bien jurídico protegido que, como se ha dicho, pasó de ser la libertad sexual a la libertad e indemnidad sexuales. Por lo que, en sentido estricto, son los sujetos contemplados en el artículo 181 a los que la legislación protege su indemnidad sexual y no su libertad, aunque no se especifique cuáles de todos ellos quedan comprendidos.

Por su parte, el artículo 182 sufrió diferentes cambios, no solo en la conducta típica, sino también en los sujetos protegidos por el mismo:

“1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.a o la 4.a, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”⁷³³

Al igual que en el delito de agresiones sexuales, se reformuló el tipo agravado, en cuanto que se limitó al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Por lo que mismas consideraciones que las efectuadas supra caben hacer al respecto.

El aspecto más relevante está en la unificación de los dos tipos de abusos, con dos penalidades distintas, que recogía el anterior Código⁷³⁴. En consecuencia, se eliminó dicha diferenciación entre aquellos casos de falta de consentimiento, cuya pena era prisión de cuatro a diez años, y abuso de superioridad, con una pena de uno a seis años.

En consecuencia “*en todos los casos*” contemplados en el tipo básico de abusos sexuales, cuando consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, se impondrá una pena de prisión de cuatro a diez años. Además, en vez de especificar en qué casos la pena se impondrá en su mitad

⁷³³ Redacción dada al artículo 182 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VII, del Libro II, del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷³⁴ Esto es el abuso sexual con falta de consentimiento, y el de abuso de superioridad

superior⁷³⁵, se introdujo el apartado segundo, haciendo referencia a las circunstancias tercera y cuarta del artículo 180, en idénticos términos que en el tipo básico.

Por su parte, la reforma también afectó al tipo del artículo 183:

“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.
2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.a o la 4.a de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”⁷³⁶.

De igual forma que en el resto de los artículos, y con buena lógica legislativa, la edad del sujeto pasivo del abuso sexual por engaño pasó de ser de doce a dieciséis años a de trece a dieciséis años. Y, además, a la multa prevista de doce a veinticuatro meses se añadió pena de prisión de uno a dos años.

Respecto al contenido típico, nada se especificó sobre el tipo de engaño o las circunstancias concretas que deban darse, más allá de volver a hacer referencia a las circunstancias agravantes tercera y cuarta del artículo 180 para imponer la pena en su mitad superior,

⁷³⁵ “Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima. 2.º Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”. Redacción inicial del artículo 182 dada por el Código Penal de 1995.

⁷³⁶ Redacción dada al artículo 182 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VII, del Libro II, del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Asimismo, se aumentó considerablemente la pena, de pena de prisión de seis meses a tres años a de dos a seis años, si concurre acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Lo cual parece cuestionable, pues, sin ningún tipo de explicación, se duplicó la pena.

3. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La ampliación del sentido sexual de la violación.

Varias fueron las reformas introducidas a lo largo del año 2003, tanto en Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La encargada de modificar los delitos relativos a la libertad e indemnidad sexuales fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷³⁷

Los motivos dados por el legislador fueron *“impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad”*⁷³⁸. En lo relativo al objeto de estudio, la reforma consistió en una modificación parcial de la conducta sexual de la violación y de los abusos sexuales⁷³⁹, pues fue en 2003 cuando se introdujo la modalidad consistente en introducción de miembros corporales:

*“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”*⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2004, pp. 139-153.

⁷³⁸ Exposición de motivos III, de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷³⁹ Destacaron, entre otros, la modificación de las penas para algunos delitos como el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual; así como en los delitos de prostitución, corrupción y pornografía de menores e incapaces.

⁷⁴⁰ Redacción del artículo 179 dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Más que equiparar la introducción de miembros corporales a la conducta de violación se equiparó a la introducción de objetos, pues solo se habilitó la modalidad comisiva respecto de la vía vaginal o anal, pero no de la bucal. Algo que, en términos positivos⁷⁴¹, resulta coherente legislativamente hablando. Pues, si negamos la relevancia penal de la introducción de objetos en vía bucal, no podemos afirmar la de miembros corporales.

¿Qué debemos entender por miembro corporal? En primer lugar, debe descartarse, por obvio, la introducción del pene, pues forma parte del acceso carnal. En segundo término, debemos entender que se trata de un miembro corporal susceptible de poder ser introducido por la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo: Los dedos de la mano, el puño, o incluso la lengua, resultarían idóneos para conformar el tipo penal⁷⁴².

La reforma resultó plenamente acertada pues, con la legislación anterior, no quedaba claro si la penetración “digital o lingual” debía estimarse como una conducta integradora del delito de violación o no⁷⁴³. Y, jurisprudencialmente, se venía descartando

⁷⁴¹ Un importante sector doctrinal se venía manifestando en contra de la equiparación punitiva de la violación con el pene o con el dedo u otro miembro corporal. Por todos, GIMERNAT ORDEIG, E., quién argumentó que no deberían equipararse punitivamente, pues en la introducción de objetos no existe la posibilidad de que la víctima quede embarazada ni que se contagien enfermedades de transmisión sexual. Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, en *El Mundo*, 10 de julio de 2004, año XV, número: 5.327, p. 5.

⁷⁴² En este sentido se pronunció la doctrina del momento. Vid., ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Detención ilegal, agresión sexual y asesinato cometidos por menores (caso Sandra Palo)”, en *La Ley Penal*, núm. 1, 2004, *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, op. cit., pp. 209 y ss.

⁷⁴³ GOMEZ TOMILLO, M., “Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, 2005, p. 6; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 212; MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 930;

la calificación de, por ejemplo, los dedos o la lengua, como un mero objeto, pues éste debía ser necesariamente algo inerte⁷⁴⁴.

Dicha equiparación, como no podía ser de otro modo, se hizo extensiva al delito de abusos sexuales, pues el artículo 182 quedó modificado en idénticos términos, así como los abusos sexuales por engaño del artículo 183.

⁷⁴⁴ Sobre la hipótesis de penetración lingual, vid., SSTS de 14 de febrero de 1994, de 23 de marzo de 1999, y de 1 de julio de 2002.

4. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El principal argumento de la modificación en 2010 de los delitos sexuales fue la pretendida transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía⁷⁴⁵

Y, como consecuencia, se introdujo en el Título VIII del Libro II del Código Penal un Capítulo II bis denominado “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”, bajo la argumentación de que, en los casos en los que se ven involucrados menores de edad, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan las conductas. Bien jurídico protegido que, para este tipo de delitos, no solo comprende la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también “*la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*”⁷⁴⁶. Pues bien, aunque sumamente interesante, como ya indicamos al inicio, las agresiones y abusos sexuales a menores quedaron fuera del objeto de estudio.

En lo relativo a los delitos de agresión y abuso sexual a mayores de edad⁷⁴⁷, los primeros fueron modificados exclusivamente respecto a su penalidad. De esta forma, se

⁷⁴⁵ Exposición de motivos XIII de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷⁴⁶ Ibidem.

⁷⁴⁷ Vid., LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª edición, Colex, Madrid, 2010, pp. 146-163.

aumentó la pena prevista para el tipo básico del artículo 178, siendo pena de prisión de uno a cinco años⁷⁴⁸, la del tipo agravado del artículo 180 en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias, con una pena de prisión de cinco a diez años sin concurrir el tipo básico⁷⁴⁹, y se mantuvo la de doce a quince años si concurre el tipo agravado del artículo 179⁷⁵⁰.

Por último, respecto a las modificaciones operadas en el artículo 180, se añadió a la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, que la misma será de aplicación salvo lo dispuesto en el artículo 183 del Código Penal, que veremos más adelante.

Los abusos sexuales fueron objeto de una mayor reforma. En primer término, respecto al artículo 181, se modificó el apartado segundo, el cuarto pasó a ser el quinto y se añadió un nuevo apartado cuarto:

“2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años”⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Anteriormente, la pena prevista era pena de prisión de uno a cuatro años.

⁷⁴⁹ Anteriormente, la pena prevista era pena de prisión cuatro a diez años.

⁷⁵⁰ Manteniendo, por tanto, su correspondencia con el tipo de homicidio.

⁷⁵¹ Redacción del artículo 181 dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Pues bien, fue la reforma de 2010 la que introdujo por primera vez la modalidad del tipo base de abuso sexual no consentido cuando medie el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Bajo mi punto de vista, de forma acertada, pues es un supuesto que se da con más frecuencia de la que pudiera parecer en la vida práctica.

La decisión legislativa de introducir la modalidad agravada cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías se trata de una mera decisión de ubicación sistemática, que tomará mayor sentido cuando veamos el artículo 182, pues la remisión anterior al artículo 182 tampoco traía problemas interpretativos.

Si resulta interesante la reforma del artículo 182, que pasó a recoger el abuso sexual por engaño, cuando anteriormente constituía el tipo agravado:

*“1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.
2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”⁷⁵².*

La mayor novedad legislativa está en que, a raíz de la reforma, el artículo 183 formó parte del Capítulo II bis, recogiendo el tipo básico de abusos sexuales a menores de trece años visto al inicio del apartado.

⁷⁵² Redacción del artículo 182 dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

5. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Aunque la reforma operada en 2015 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supuso una reconfiguración total del Código Penal de 1995, en cuanto que desaparecieron las faltas, pasando a ser considerados delitos leves en la mayor parte de casos, no afectó a los delitos de agresión o abuso sexual, que quedaron idénticos términos a la reforma de 2010.

lo relativo a los delitos de agresiones y abusos sexuales, su modificación estuvo justificada en la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa⁷⁵³.

La principal novedad fue la edad del consentimiento para mantener relaciones sexuales, que fue elevada a dieciséis años que, anteriormente, estaba en trece años. Se justificó en la citada directiva, que definía el consentimiento como la “edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”, en el derecho comparado de los restantes de países

⁷⁵³ La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Exposición de Motivos XII de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Europeos⁷⁵⁴, y en la sugerencia efectuada por el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

Así, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Por su parte, se modificó el artículo 182 en lo relativo a la edad del sujeto pasivo, que quedó redactado como sigue: *“El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años”*⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ “En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultada muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo”, vid., Exposición de Motivos XII de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷⁵⁵ Redacción del artículo 182 dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

6. Recapitulación de la regulación actual de los delitos de agresión y abuso sexual

Pues bien, para una mejor comprensión de los delitos actuales de agresión y abuso sexual, lo más adecuado es hacer una recopilación en términos generales para, así, poder entender cuáles son las reformas que se pretenden introducir por el Proyecto de Reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Así, en primer término, el artículo 178 recoge la conducta base del delito de agresión sexual como aquella atentatoria de la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación. Por tanto, se entiende que, a través de dichos medios se vence el consentimiento de la víctima y, además, en aquellos casos en los que conste su oposición expresa, operará como acompañamiento a la ejecución del delito.

La conducta agravada de agresión sexual, bajo el término violación, y recogida en el artículo 179, consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Asimismo, el tipo agravado común del artículo 180 recoge una serie de circunstancias que, de concurrir en la ejecución del delito, elevan su reprochabilidad penal. Dichas circunstancias consisten en el ejercicio de la violencia o intimidación de un carácter especialmente degradante o vejatorio; actuación conjunta de dos o más personas; que el sujeto pasivo se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, excepto lo dispuesto en el artículo 183 –esto es, abuso sexual por engaño a mayor de dieciséis y menor de dieciocho–; prevalimiento de una situación de convivencia o de una relación de

superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza, adopción, o afines, con la víctima; y hacer uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptible de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150.

Las penas aparejadas a cada una de estos delitos son pena de prisión de uno a cinco años para el tipo base del artículo 178, que será elevada a pena de prisión de cinco a diez años si concurre alguna de las circunstancias contenidas en el artículo 180; y pena de prisión de seis a doce años para el tipo agravado del artículo 179 que será, de igual forma, elevada a pena de prisión de doce a quince años si se aprecia en la ejecución del hecho delictivo alguna de las circunstancias del artículo 180.

Por su parte, los abusos sexuales quedan definidos en el artículo 180 primero como actos atentatorios contra la libertad e indemnidad sexual cuando para su ejecución no se haya empleado violencia o intimidación.

Se entiende que, en ningún caso mediará consentimiento, en virtud del apartado segundo, cuando dichos actos sean ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Y, de igual forma, no serán abusos sexuales consentidos en virtud del apartado tercero, aquellos en los que dicho consentimiento se obtenga prevaleándose el agresor de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

La pena a imponer a estos tres últimos supuestos es pena de prisión de uno a tres años, o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

El tipo agravado, equiparable a la violación, se encuentra recogido en el apartado cuarto, en el sentido de que se elevará la pena a prisión de cuatro a diez años si el abuso sexual consistiera en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Asimismo, la pena se impondrá en su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias tercera o cuarta del artículo 181, es decir, que el sujeto pasivo se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, excepto lo dispuesto en el artículo 183 –esto es, abuso sexual por engaño a mayor de dieciséis y menor de dieciocho–; prevalimiento de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza, adopción, o afines, con la víctima.

Por último, el artículo 182 recoge el supuesto de abuso sexual por engaño a mayores de dieciséis años y menores de dieciocho con una pena aparejada de prisión de uno a tres años, siendo la conducta típica abuso sexual interviniendo engaño o abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Dos son los tipos agravados, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, y la concurrencia de las circunstancias tercera o cuarta del artículo 180. En el primero, se impondrá la pena de prisión de dos a seis años y, en el segundo, en su mitad superior.

En definitiva, el sistema legal actual respecto a los delitos de agresión y abuso sexual se basa en los medios comisivos empleados para vencer u obtener el consentimiento de la víctima y no en los concretos actos sexuales llevados a cabo, que resultan idénticos a ambos.

CAPITULO IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE REFORMA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

El conocido como caso de “La Manada” volvió a traer, a la palestra, la discusión sobre la delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, sobre todo, en lo relativo a la diferenciación existente entre ambos, basada en los medios empleados para vencer el consentimiento.

Como consecuencia, se encargó a la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, el análisis de la adecuación de dichos delitos, en el sentido de si era preciso elaborar una reforma en la materia. Posteriormente, el Ministerio de Igualdad impulsó el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, actualmente, y tras la aprobación de su tramitación parlamentaria por el Consejo de Ministros el pasado 6 de julio de 2021, Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Que, en síntesis, pretende equiparar abuso y agresión poniendo el énfasis en el consentimiento de la víctima, debiendo ser manifestado en sentido positivo dando forma al lema feminista “*solo si es sí*”.

Las reacciones doctrinales a favor y en contra de la reforma planteada no se hicieron esperar y, de nuevo, quedó patente que la polémica en torno a los delitos sexuales, aunque aparentemente superada en 1995, continúa vigente y parece condenada a seguir perpetuándose. Y es que, sea como fuere, los delitos de agresión y abuso sexual, al afectar a una esfera tan personal como es la libertad sexual y el derecho a autodeterminarla, así como la protección de la indemnidad sexual, será siempre una materia sometida a debate.

Ello me lleva a preguntarme, ¿se tutela de forma efectiva la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal vigente? ¿el énfasis debe ponerse en los medios comisivos empleados para vencer el consentimiento o, por el contrario, en la presencia o ausencia del mismo? ¿se protege en menor medida a la víctima de un delito de abuso sexual? ¿es lo mismo una violación violenta o intimidatoria que un abuso sexual en el que el sujeto activo se prevalece de la víctima? ¿merecen la misma reprochabilidad penal? ¿es correcta, entonces, la diferenciación típica de las conductas de agresión y abuso sexual?.

Si respondemos a cada una de las cuestiones planteadas, no veo, a priori, la necesidad o justificación de una reforma en la materia. Y es que, la clave aquí está en determinar cuáles son los comportamientos que queremos tipificar, que penalidad debemos darle a cada uno de ellos y, en consecuencia, determinar si las conductas típicas se encuentran recogidas correctamente en el Código Penal vigente.

Y, entonces, solo nos quedarían dos opciones: Afirmar la necesidad de un cambio en la materia, estemos o no conformes con el recogido en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, o defender la regulación actual por entender que están tipificadas de forma correcta las conductas típicas que queremos castigar.

Otra cosa, como sucedió en el caso de “La Manada”, sería que, estando correctamente regulados, sean interpretados incorrectamente por los tribunales juzgadores. Pero, ¿es eso suficiente para efectuar un cambio en la materia y equiparar los delitos de agresión y abuso sexual? Pues bien, intentaremos responder a todas las cuestiones planteadas en las líneas que siguen.

1. El caso de “La Manada” y su repercusión social. ¿Necesidad de una reforma legislativa?

Los hechos acontecidos en la madrugada del 7 de julio de 2016 en Pamplona en el transcurso de sus fiestas patronales, denominado el caso de “La Manada” debido al nombre del grupo de la plataforma de mensajería instantánea *WhatsApp* que compartían los agresores, provocaron una reacción social como pocas veces se ha visto en época democrática. Miles de personas inundaron las calles de nuestro país bajo el lema de “*no es no*”, posteriormente modificado a “*solo si es si*”⁷⁵⁶, y otros como “*no es abuso, es violación*”, “*hermana, yo si te creo*”, o “*nosotras somos tu manada*”.

Su análisis resulta fundamental para comprender el descontento social⁷⁵⁷ surgido a raíz del pronunciamiento de instancia de la Audiencia Provincial de Navarra, que calificó los hechos como un delito continuado de abuso sexual del artículo 181.3 en relación con el artículo 181.4 del Código Penal. Esto es, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, habiéndose obtenido el consentimiento por prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En vez de, como reclamaba la sociedad y doctrina mayoritaria, y finalmente acabó apreciando el Tribunal Supremo, un delito de agresión sexual del artículo 178 en relación con el artículo 179 del Código Penal. Esto es violación intimidatoria⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Ya que la víctima de “La Manada” nunca llegó a decir ¡No!.

⁷⁵⁷ Que inició el debate sobre la necesidad de reforma de los delitos sexuales.

⁷⁵⁸ Siendo, precisamente, la diferenciación entre violación intimidatoria y abuso por prevalimiento una de las principales cuestiones controvertidas en la materia.

Cronológicamente, los hechos sucedieron de la siguiente manera: El delito fue cometido, como se ha dicho, la madrugada del 7 de julio de 2016 y seguidamente se procedió a su incoación judicial; la repercusión mediática del caso no tardó en llegar, siendo televisado diariamente por las principales cadenas y programas de nuestro país; la primera jornada del juicio oral, que constó de once sesiones, fue celebrada ante la Audiencia Provincial de Navarra el 13 de noviembre de 2017, siendo la última sesión el 28 de noviembre del mismo año; la sentencia se dictó el 20 de marzo de 2018, por lo que transcurrieron prácticamente cuatro meses de deliberación y redacción del fallo⁷⁵⁹.

Tanto la acusación particular, Ministerio Fiscal y Acusación Popular, ejercidas por la Comunidad Foral de Navarra y Ayuntamiento de Pamplona, como los cinco acusados, interpusieron recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que, el 30 de noviembre de 2018 confirmó el fallo de instancia.

Finalmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó sentencia el 4 de julio de 2019, estimando las pretensiones recogidas en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, acusación particular y acusaciones populares, considerando los hechos como constitutivos de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 del Código Penal, con las agravaciones específicas del artículo 181.1 1ª y 2ª del Código Penal. Esto es, y como debería haber sido desde un principio violación intimidatoria cometida por la actuación conjunta de dos o más personas, por entender que concurría intimidación y no prevalimiento, intimidación que, además, fue considerada como especialmente degradante o vejatoria.

⁷⁵⁹ La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra es particularmente extensa, contando con 370 páginas.

Por su parte, respecto a la pretendida reforma, tras la solicitud del Gobierno a la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación para que estudiara una posible modificación en la materia, la primera reunión tuvo lugar el 24 de mayo de 2018. Con posterioridad, el Ministerio de Igualdad impulsó, dos años después, el Anteproyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual el 18 de mayo de 2021, siendo aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021 y publicado el 26 de julio de 2021.

Como puede observarse, la cronología resulta sumamente esclarecedora. Pues si la polémica surgió con la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, fechada el 20 de marzo de 2018, la Sección Penal de la Comisión General de Codificación se reunió por primera vez el 24 de mayo de 2018, precisamente por dicho fallo, y el problema estaba en la interpretación de la violación intimidatoria versus los abusos sexuales por prevalimiento, habiéndose resuelto el 4 de julio de 2019 por el Tribunal Supremo, ¿qué sentido tendría por parte del Ministerio de Igualdad publicar, finalmente, el Anteproyecto de reforma dos años después?.

Una propuesta que, además, tampoco cambiaría la situación judicial y el escrutinio que tendría que afrontar la víctima de aquellos supuestos en los que se queda bloqueada y decide colaborar con sus agresores, esperando que éstos terminen cuanto antes. Pues si el consentimiento queda definido como cualquier acto que, en atención a las circunstancias del caso, exprese de manera clara la voluntad de la persona, ¿no estamos abriendo una puerta a la defensa para que aleguen en el juicio que la víctima, al colaborar

con los agresores de forma activa, estaba consintiendo?⁷⁶⁰. Desde luego, debe reflexionarse sobre las posibles consecuencias que una definición expresa del consentimiento puede provocar en una víctima que colabora con sus victimarios y que, posteriormente, es cuestionada por sus actos. Y, lo que resulta más paradójico es que, en ningún momento, se desacreditó la versión de la víctima de “La Manada”, en donde la posibilidad de que ésta consintiera libremente no fue ni siquiera planteada por los Tribunales⁷⁶¹.

Centrándonos en el caso concreto, no pretendo realizar aquí un estudio pormenorizado del procedimiento de instancia, pues se han elaborado completísimos análisis de la sentencia⁷⁶², sino que analizaremos la STS de 4 de julio de 2019 pues, en definitiva, es esta la interpretación que resuelve las dudas iniciales y que ya venían siendo abordadas por la doctrina: Si la víctima, introducida y acorralada en un espacio angosto y rodeada de cinco varones de complexión más fuerte se queda paralizada y en estado de shock, sin saber cómo responder, decidiendo finalmente adoptar una situación pasiva, ¿estamos ante una agresión sexual intimidatoria o ante un abuso por prevalimiento?

⁷⁶⁰ Provocando, entonces, los mismos efectos revictimizadores durante el proceso penal. Pues, aunque resultase evidente la falta de consentimiento de la víctima, la victimización secundaria seguiría presente en el procedimiento.

⁷⁶¹ Debemos recordar aquí que el descontento social no surgió, inicialmente, por el fallo de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, sino por las insinuaciones que se hicieron en los medios de comunicación sobre si la víctima consintió. De ahí, el lema de “*hermana, yo si te creo*”.

⁷⁶² Por todos, a favor de la reforma, vid., FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, *passim*.; en contra, vid., GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, octubre, 2018, *passim*.

Y es que, el aluvión de comentarios doctrinales que surgieron como consecuencia del fallo de instancia que calificaba los hechos como abuso por prevalimiento, no tuvo su réplica con la argumentación del Alto Tribunal que, por su parte, falló a favor de la tesis de la agresión sexual intimidatoria, solucionando, de esta forma, los supuestos problemas interpretativos que venían siendo uno de los principales argumentos dados para posicionarse a favor de la reforma⁷⁶³.

Y al respecto, no puedo sino decir que el abordaje correcto de la problemática no puede estar basado en una información sesgada, quedándose únicamente con el desafortunado fallo de instancia, porque conviene a los argumentos propios, y olvidar la Sentencia que interpreta correctamente los hechos⁷⁶⁴, reafirmando doctrina sentada sobre la situación fronteriza entre la intimidación de la agresión sexual y el abuso sexual por prevalimiento.

Y es que, una de las razones alegadas para posicionarse a favor de equiparar ambas conductas típicas está basada, precisamente, en las interpretaciones dadas por los tribunales a los delitos de agresión y abuso sexual, habiendo llegado a afirmarse, y cito

⁷⁶³ A modo de ejemplo, en el propio libro denominado *La Manada, Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, se afirma que “la sentencia no es firme en el momento de escribir estas líneas” y seguidamente, que “la judicatura está exigiendo a la víctima de una violación grupal que pruebe que mantuvo una resistencia desesperada, sin que sea suficiente para condenar por la modalidad más grave de delito sexual el silencio y la pasividad frente a los actos a los que la víctima se ve sometida, que se interpreta como aquiescencia”, lo cual puede ser una afirmación correcta respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, pero no para la del Tribunal Supremo que aplicó doctrina ya sentada respecto a la intimidación ambiental, vid., FARALDO CABANA, P., y RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (dir.), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, op. cit., pp. 248 y 252.

⁷⁶⁴ Que, en contraposición del revuelo mediático que causó el procedimiento y posterior fallo de instancia, fue prácticamente olvidada. Y ello dado que, en el primero, se televisaron las sesiones del juicio oral, se describió con todo lujo de detalles las declaraciones de las víctimas y de los acusados, y el fallo ocupó varios días las portadas de los principales medios de comunicación; mientras que la interpretación del Tribunal Supremo fue vista, si se me permite, como una noticia más. Probablemente, porque no interesaba.

textualmente, que con el pretendido cambio legislativo, “España no solo se sumaría al grupo de países que han adoptado el Convenio de Estambul, sino que evitaría que quede al arbitrio de los jueces decidir si hubo o no agresión sexual y sortearíamos casos como el de la Manada”⁷⁶⁵.

Afirmación con la que no puedo estar más en desacuerdo, pues precisamente es la labor del poder judicial interpretar las normas, y los delitos de agresión y abuso sexual no pueden ser una excepción en nuestro sistema democrático. Desde luego, que la solución al problema no está en elaborar preceptos penales de aplicación automática que obliguen a los tribunales sentenciadores a fallar siempre en el mismo sentido. Todos los casos tienen matices y, por supuesto, la aplicación e interpretación de las normas, también tienen y deben tenerlos, y si los eliminamos, entonces sí estaríamos vulnerando los principios penales y constitucionales más elementales⁷⁶⁶.

Además, la diferenciación típica de delitos que se integran bajo un mismo Título y que protegen idénticos bienes jurídicos en función de la concurrencia de violencia o intimidación, o de determinados medios comisivos, no es exclusiva de los delitos de agresión y abuso sexual⁷⁶⁷. Y ello porque no pueden tener la misma reprochabilidad penal comportamientos de distinta gravedad⁷⁶⁸ y, por supuesto, compete a los tribunales

⁷⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, op. cit., p. 193.

⁷⁶⁶ Que, paradójicamente, es otro de los argumentos de quienes se posicionan a favor del Proyecto de Reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁷⁶⁷ Como, por ejemplo, el asesinato y el homicidio, o el robo y el hurto.

⁷⁶⁸ En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., afirma que “si se quiere suprimir la diferencia entre acceso carnal con violencia o intimidación, o sin ellas, entonces este criterio valorativo de equiparación habría que aplicarlo también, consecuentemente, a los restantes delitos del CP que se han servido precisamente de esos dos elementos de la violencia y de la intimidación para establecer penas más o menos graves según que concurran o no en la ejecución del delito; de acuerdo con este criterio valorativo del

interpretar los hechos probados y otorgarles una u otra calificación jurídica, al igual que es su labor la individualización de la pena y la fijación de un marco penal concreto acorde con la gravedad intrínseca y extrínseca de los hechos. Todo ello forma parte de los principios de legalidad y proporcionalidad penal y de los derechos constitucionales que posee todo ciudadano, y obviarlos sería un error sumamente grave.

Y con esto, no estoy queriendo decir que debemos pasar por alto las interpretaciones fallidas en materia de delitos sexuales⁷⁶⁹. Como ciudadanos de un Estado social y democrático de derecho debe indignarnos la injusticia que supone para la víctima, sus allegados e, incluso, para la sociedad, que se interpreten de forma incorrecta los preceptos penales. Pero, desde luego, dichos errores no pueden motivar un cambio legislativo, sino judicial⁷⁷⁰. Pues el error, entonces, no está en el Código Penal, sino en quién lo interpreta.

Creo necesario recordar aquí que, de hecho, la única recomendación vinculante que se ha efectuado a España por la Unión Europea respecto a la implantación en nuestro país del Convenio de Estambul en materia de delitos sexuales, no versa acerca de la regulación

Anteproyecto, en el futuro debería reprimirse con la misma pena a quien se apropia de la bicicleta que le ha prestado su propietario, vendiéndola a continuación a un tercero y quedándose con el precio recibido del comprador (apropiación indebida, según el Derecho vigente) y a quien se apropia también de esa bicicleta, después de propinarle el ladrón al propietario, con el bate de béisbol que porta, unos cuantos golpes en la cabeza, o venciendo la resistencia de éste, intimidándole con hacer uso de su bate que enarbola amenazadoramente (robo con violencia o, en su caso, intimidación, de acuerdo con el CP actual). Y, consecuentemente también, y según este criterio valorativo que aplica el Anteproyecto a los delitos contra la libertad sexual, habría que expurgar el CP vigente, para encontrar todos los delitos en los que, frente al elemento común del tipo básico, concurre además la violencia o intimidación, a fin de suprimir ese supuestamente estúpido criterio como factor de agravación”, vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo si es sí”, op. cit., p. 38.

⁷⁶⁹ Que las ha habido, y muchas. No hay más que recordar el famoso caso de la “minifalda”.

⁷⁷⁰ Pues el Estado no puede hacer uso del ius puniendi a su antojo, ya que estaría vulnerando la separación de poderes y el orden constitucional que, paradójicamente, se alega como una de las causas que motiva la reforma.

expresa del consentimiento, sino en la formación de jueces y tribunales en la materia⁷⁷¹ para evitar, precisamente, errores judiciales como el de “La Manada”.

1.1. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2019.

Pues bien, una vez visto el impacto producido por el caso de “La Manada”, vamos a estudiar la argumentación dada por el Tribunal Supremo para revocar la sentencia de instancia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pamplona y ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

1.1.1. Hechos probados

Cinco varones en edades comprendidas entre los 24 y los 26 años, conocieron en la madrugada del 7 de julio de 2016 a la víctima, de 18 años edad, en la Plaza del Castillo de la ciudad de Pamplona durante el transcurso de sus fiestas patronales. Juntos, abandonaron la citada Plaza y tras transitar diferentes calles, e intentar conseguir una habitación en un hotel⁷⁷², uno de ellos vio como una mujer accedía a un portal y,

⁷⁷¹ Recomendación núm. 9: “Garantizar que, como parte de la formación del poder judicial prescrita por la ley, se aborden todas las formas de violencia contra la mujer contempladas por el Convenio de Estambul, en particular la violencia sexual, así como las dinámicas psicológicas que envuelven la violencia en el ámbito de la pareja, la violencia tras una separación, los efectos de la violencia en los niños (víctimas y testigos), y la prevención de la victimización secundaria (párrafo 98)”, vid., Recomendaciones sobre la implementación en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Comité de las Partes Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), p. 4.

⁷⁷² “Siguiendo por la Calle Espoz y Mina, donde dos de los procesados, no identificados, se acercaron al Hotel Europa quedándose retrasada la denunciante. En este lugar, concretamente a la entrada del establecimiento, junto a la escalera que da acceso a la recepción, se hallaba el encargado de control de acceso de clientes al Hotel, D. Miguel González Valencia, a quien se dirigieron dichos dos procesados pidiéndole una habitación por horas para follar, indicándoles que eso no era posible y que se dirigieran a otros establecimientos; sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación”, vid. SAP Navarra de 20 de marzo de 2018, p. 15.

simulando que se encontraba alojado en el edificio, consiguió acceder al mismo para, posteriormente, abrir la puerta a los otros cuatro individuos que habían permanecido fuera junto con la víctima⁷⁷³.

En ese momento, dos de ellos introdujeron a la víctima al portal cogiéndole de las manos y tirando de ella⁷⁷⁴. Una vez dentro, y haciéndole callar, llegaron a una especie de habitáculo de reducidas dimensiones⁷⁷⁵, en donde le rodearon⁷⁷⁶. La víctima, al encontrarse en un lugar recóndito y angosto, con una única salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, se sintió impresionada y sin capacidad de reacción⁷⁷⁷.

A ello se suma que, justo en ese momento, los acusados le desabrocharon la riñonera que llevaba cruzada, así como el sujetador, y le quitaron el jersey que tenía atado a la cintura, provocando una sensación de angustia que fue incrementada cuando uno de los agresores le instó a que le practicara sexo oral. Mientras tanto, otro de ellos comenzó

⁷⁷³ “Reparó en que una mujer accedía al portal del inmueble número 5, después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al segundo piso, bajando al portal por las escaleras. Seguidamente (...), abrió la puerta de acceso al portal”, vid., ibidem, p. 15.

⁷⁷⁴ “En ese momento Ángel Boza, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante”, vid., ibidem., pp. 15 y 16.

⁷⁷⁵ “Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron “calla”, significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. De esa forma la denunciante y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia”, vid., ibidem., p. 16.

⁷⁷⁶ “Cuando la denunciante accedió al primer rellano, la puerta de acceso estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados le rodearon”, vid., ibidem., p. 16.

⁷⁷⁷ Situación descrita como “conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos”, vid., ibidem., p. 16.

a desvestirla⁷⁷⁸. Ante tales hechos, y como consecuencia del intenso agobio y desasosiego, adoptó una actitud pasiva de sometimiento, ejecutando lo que los agresores le pedían que hiciera⁷⁷⁹.

En la situación descrita, dice la Audiencia Provincial de Navarra que los autores, con conocimiento del estado descrito, se aprovecharon del mismo, de común acuerdo, para llevar a cabo actos de naturaleza sexual. Concretamente, al menos, fue penetrada bucalmente por todos los procesados, vaginalmente por dos integrantes, y analmente por otro, llegando a eyacular dos de ellos, y sin que ninguno usara preservativo⁷⁸⁰.

A ello se suma que los hechos quedaron documentados en diversos vídeos grabados por los agresores, y en dos fotografías y que, además, uno de ellos se apoderó del teléfono móvil de la víctima⁷⁸¹, imposibilitando a la víctima para que pidiera ayuda una vez finalizados los hechos⁷⁸².

⁷⁷⁸ “Uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga”, vid., ibidem., p. 16.

⁷⁷⁹ “La denunciante sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”, vid., ibidem., p. 16.

⁷⁸⁰ “En concreto y al menos la denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo”, vid., ibidem., p. 17.

⁷⁸¹ “Finalizados estos hechos, los procesados se marcharon escalonadamente. Antes de abandonar cubículo, Antonio Manuel Guerrero Escudero se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI 357339075242165, valorado en 199,19 €, que la denunciante llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos”, vid., ibidem., p. 17.

⁷⁸² La víctima, cuando observó que los agresores habían abandonado el lugar, y todavía en estado de shock, se vistió e intentó buscar su teléfono móvil y, al no encontrarlo, “se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando (...) continuó caminando sola y sin cruzarse con ninguna persona (...) hasta sentarse en el primer banco (...) tomo asiento, llorando desconsoladamente”, vid., ibidem., p. 19.

En definitiva, los hechos descritos resultan, a toda luz, espantosos. Tenemos a una víctima de corta edad que, estando bajo los efectos del alcohol y habiéndose separado de su amigo con el que había acudido esa noche a Pamplona, se encuentra con cinco individuos mayores que ella y de complexión más fuerte, que la acaban conduciendo a un lugar angosto, sin posible escapatoria, no sólo por las reducidas dimensiones del lugar, que también, sino porque la rodearon bloqueando la única salida posible, en donde comenzaron a desvestirla y a compelerle para que realizara diversos actos de naturaleza sexual.

¿Qué opción tuvo entonces la víctima? ¿Qué es lo que debería haber hecho? ¿Resistirse? ¿Salir corriendo? ¿Qué le hubieran hecho los agresores si hubiera tomado esa actitud? Evidentemente, cualquier persona que se hubiera encontrado en semejante situación habría sentido la misma sensación de miedo, angustia, estupor, desasosiego y desamparo y, por ende, hubiera entrado en un estado de shock, de desconexión de la realidad, de pasividad, en el sentido de esperar a que termine pronto la agresión⁷⁸³. De igual forma, resulta evidente la intimidación ambiental que ejercen cinco varones mayores y más fuertes que la víctima que la rodean en un habitáculo de 3 metros cuadrados sin capacidad de escapatoria y sin poder defenderse⁷⁸⁴.

Y ello porque no es, ni puede ser, lo mismo acceder a mantener relaciones sexuales con un sujeto que se encuentra en una situación de superioridad y que aprovecha para que la víctima preste su consentimiento, en donde, entonces, no es que no medie consentimiento, sino que existe pero se encuentra viciado por encontrarse la libertad de

⁷⁸³ Lo que, en ningún caso, como vamos a ver a continuación, puede confundirse con un consentimiento viciado.

⁷⁸⁴ Tal y como acabó apreciando el Tribunal Supremo.

la víctima coartada; que adoptar una actitud pasiva ante una situación claramente intimidatoria que provoca en la víctima un miedo tal que la deja bloqueada y paralizada, sin poder reaccionar, en donde, a sensu contrario, no es que el consentimiento se encuentre viciado, sino que directamente es inexistente.

Debe dejarse claro, en consecuencia, que la víctima de “La Manada” nunca llegó a prestar consentimiento, pues éste resulta inviable en una situación intimidatoria de tal entidad⁷⁸⁵. Y desde luego, imitando los famosos eslóganes esgrimidos por los movimientos feministas en las diferentes manifestaciones en contra del fallo de la Audiencia Provincial de Navarra, no es abuso, es agresión, y, por ende, violación.

1.1.2. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo para calificar los hechos como un delito de violación del artículo 178 en relación con el 179 del Código Penal

Comienza el Alto Tribunal refiriéndose a lo que debe entenderse por agresión y abuso sexual y afirmando que la catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual diseñada por el Código Penal de 1995 encuentra su error en la confusión existente cuando se identifica el delito de agresión sexual con el antiguo delito de

⁷⁸⁵ Afirmer como se hizo por la Audiencia Provincial de Navarra un delito de abuso por prevalimiento del artículo 180.3 del Código Penal es lo mismo que afirmar que la víctima prestó un consentimiento viciado. En este sentido se posicionó el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, en el sentido de que la figura del prevalimiento significaría que, debido a esa superioridad numérica y física de los acusados la víctima accedió a mantener relaciones sexuales, que acceder “significa consentir en lo que alguien solicita o quiere. No consta en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener tales relaciones, ni tal siquiera de forma subliminal. No consta que los agresores solicitaran de la víctima mantener tales relaciones. Consta, simplemente, que ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud frente a la que no pudo ofrecer reacción alguna”, vid., STS de 4 de julio de 2019, p. 56.

violación, es decir, con la concurrencia de penetración, y no, como sucede en el modelo actual, con el empleo de violencia o intimidación⁷⁸⁶.

Con el fin de dilucidar la cuestión, se lleva a cabo una recopilación de la doctrina sentada respecto a la intimidación típica del delito de agresión sexual para diferenciarla de la ausencia de consentimiento del abuso sexual y determinar, así, la subsunción jurídica que debería haberse realizado respecto de los hechos probados.

a) Distinción entre agresión intimidatoria y abuso por prevalimiento. La intimidación ambiental.

Para distinguir entre ambas situaciones típicas, lo primero que debe perfilarse adecuadamente son las exigencias de la intimidación que, para el Alto Tribunal, está en el uso de un clima de terror o temor que anule la capacidad de resistencia de la víctima. Y, en este sentido, la intimidación debe entenderse como aquella coacción psicológica ejercida sobre el sujeto pasivo destinada a que éste ceda a los propósitos del autor, mediante el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que provoque miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un daño real o imaginario⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ “Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que, en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”, vid., STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 28 de mayo de 2015, pp. 59 y 60.

⁷⁸⁷ “Una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado” vid., STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 22 de mayo de 1996, que, a su vez, hace referencia a la STS de 10 de mayo de 1988, de 28 de abril de 1989 y de 6 de abril de 1992, p. 63.

Ahora bien, la resistencia no tiene por qué ser especialmente intensa, sino que es suficiente la negativa por parte de la víctima⁷⁸⁸, y ello dado que la intimidación tampoco ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que, de nuevo, bastaría con que fuera suficiente y eficaz en el caso concreto para paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima en una adecuada relación causal⁷⁸⁹. Relación causal que puede darse tanto por vencimiento material, como porque la víctima se convenza de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, de no surtir efecto positivo, podrían derivarse males mayores⁷⁹⁰.

Además, la gravedad de la intimidación deberá ser valorada en función de los factores concurrentes en el caso concreto, ya sean personales o circunstanciales. Y no se hará depender exclusivamente de que haya sido o no expresada verbalmente por el agresor, sino que podrá inferirse de los actos, gestos o actitudes que éste lleve a cabo⁷⁹¹.

Y, precisamente, la intimidación ambiental comprende esos actos, gestos o actitudes, concepto que no resulta *ex novo*, ni en cuanto a su creación, ni en su adecuación para integrar la intimidación típica del delito de agresión sexual, pues ya había sido aplicada en casos similares a los de “La Manada”. Esto son agresiones sexuales múltiples en donde la presencia de un grupo de personas, que actúan en connivencia, forma parte

⁷⁸⁸ “Esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios”, vid., *Ibidem.*, p. 62.

⁷⁸⁹ Desde luego, esta definición típica resulta meridiana, pues precisamente la víctima de “La Manada” se quedó paralizada, paralizando de este modo su voluntad de resistencia. Vid., STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 15 de diciembre de 2016, p. 62.

⁷⁹⁰ “Lo que resulta insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos actitudes y palabras que el agente haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no acceder a sus lascivas proposiciones”, vid., STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 22 de mayo de 1996, que, a su vez, hace referencia a la STS de 10 de mayo de 1988, de 28 de abril de 1989 y de 6 de abril de 1992, p. 63.

⁷⁹¹ STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 22 de mayo de 1996, p. 63.

del cuadro intimidatorio que debilita, o incluso, anula, la voluntad de la víctima para poder resistir⁷⁹². En estos supuestos, el efecto intimidatorio es producido por la simple presencia de varias personas, que pueden ser distintas del que consuma materialmente la agresión⁷⁹³, pero que también ha sido construida en torno a una diferencia notable de edad entre los agresores y la víctima⁷⁹⁴.

De igual forma, la intimidación ambiental ya había sido diferenciada del consentimiento meramente viciado, para lo cual, resulta conveniente que la sentencia de instancia refleje una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento en el que se consuma el hecho delictivo. Tales como la edad, la constitución física del agresor y de la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo, la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión, así como los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador⁷⁹⁵.

En consecuencia, la calificación jurídica de los hechos en uno u otro tipo penal se debe hacer depender de la conducta del sujeto activo, es decir, de si la intimidación ejercida es clara y suficiente⁷⁹⁶, y no del comportamiento llevado a cabo por el sujeto

⁷⁹² STS de 4 de julio de 2019 en relación con las SSTS de 18 de octubre de 2004 y de 8 de noviembre de 2005, p. 63.

⁷⁹³ STS de 4 de julio de 2019, pp. 64 y 65.

⁷⁹⁴ “La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: “el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga”, junto a la frase citada, quedando paralizada por el miedo, sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta”, Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 8 de febrero de 2007, p. 65.

⁷⁹⁵ Vid., ibidem., p. 67.

⁷⁹⁶ “Ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”, vid. Ibidem, pp. 70 y 71.

pasivo. Y, entonces, la resistencia de la víctima será innecesaria, pues el tipo penal de agresión sexual quedará determinado por la actividad o actitud del agresor⁷⁹⁷.

Además, en el delito de abuso sexual por prevalimiento, la situación que coarta la libertad de la víctima, no impide de forma absoluta la capacidad de decisión de la víctima, sino que la disminuye considerablemente. Y ello, dado que la superioridad manifiesta a la que hace referencia el artículo 183.1 del Código Penal es aquella que ejerce el sujeto activo como consecuencia de una posición privilegiada.

Por lo que, el prevalimiento, queda definido por el fundamento del abuso de superioridad psicológico que el sujeto activo posee sobre el pasivo y, que tradicionalmente, ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Supremo en el plano moral, como aquella condición que ostenta el agresor y que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima⁷⁹⁸. Y es, precisamente, el desnivel preexistente entre ambos sujetos⁷⁹⁹, el que restringe la capacidad de libre decisión de la víctima, que, al encontrarse en manifiesta situación de inferioridad, presta un consentimiento viciado.

De lo expuesto, concluye en el caso concreto a favor de la argumentación dada al inicio del presente Capítulo, apreciando un error de subsunción jurídica por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra por dos motivos fundamentales.

⁷⁹⁷ Vid. *ibidem*, p. 65.

⁷⁹⁸ Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 18 de marzo de 2019, p. 73.

⁷⁹⁹ Ya sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole. Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 18 de septiembre de 2003, de 15 de julio de 2013, de 17 de diciembre de 2013 y de 10 de diciembre de 2014, p. 73.

Primero, porque en la intimidación se doblega la voluntad de la víctima, por lo que no puede haber consentimiento, mientras que en el prevalimiento se condiciona, por lo que se da un consentimiento viciado. Segundo, porque no existió consentimiento alguno por parte de la víctima de “La Manada”, sino que se creó una situación intimidatoria con una obvia coerción de su voluntad, que quedó totalmente anulada⁸⁰⁰.

Ese componente intimidatorio, que los autores conocían y aprovecharon, se desprende con creces de la descripción dada en el relato de hechos de la sentencia de instancia, tanto de la diferencia de edad entre la víctima y los autores, como de las circunstancias de lugar, tiempo y del ambiente en que tuvieron lugar los hechos⁸⁰¹. Por lo tanto, no se puede sino afirmar que el comportamiento llevado a cabo por los agresores es constitutivo de un delito de los artículos 178 y 179 del Código Penal, y no de los apartados tercero y cuarto del 181.3 del Código Penal.

Además, dicha calificación jurídica puede realizarse aún cuando la sentencia de instancia no recoge en los hechos probados dos extremos que hubieran tenido una obvia

⁸⁰⁰ La actitud adoptada por la víctima fue de sometimiento y no de consentimiento. Se concluye que, en definitiva, el relato de hechos no describe en ningún momento la preexistencia de una situación de prevalimiento, por lo que el mismo es inexistente y, por tanto, “acreditada la intimidación, su eficacia en la ocasión concreta para paralizar la voluntad de resistencia de la víctima y anular su libertad, así como la adecuada relación causal, los hechos deben ser calificados como delito de Violación de los art. 178 y 179 del Código Penal”, vid. STS de 4 de julio de 2019, pp. 80-77.

⁸⁰¹ “El ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriaga, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, si era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones. Ante esa intimidación, la denunciante se sintió impresionada, sin capacidad de reacción, sintió miedo, experimentando una sensación de angustia y “un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor, y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera”, vid. ibidem, p. 79.

eficacia fáctica, máxime cuando alude a ellos en el análisis probatorio llevado a cabo en su fundamentación⁸⁰². A saber, el hecho de que la víctima se encontraba ebria, algo que, evidentemente, afectó a su raciocinio y a su capacidad de reacción⁸⁰³; y que, en hasta al menos cinco ocasiones, se hace referencia a que la víctima estaba agazapada, acorralada contra la pared y gritando⁸⁰⁴.

1.1.3. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo para considerar las circunstancias agravantes 1ª y 2ª del artículo 180 del Código Penal

El Tribunal Supremo no solo modificó la subsunción jurídica de los hechos como un delito de agresión sexual intimidatoria del artículo 178.1 en relación con el artículo 179 del Código Penal, sino que los agravó mediante la aplicación de las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal.

Sin entrar a valorar las características concretas de las citadas agravantes, pues ya han sido estudiadas en el Capítulo III sobre la regulación actual, vamos a ver cuál fue la argumentación esgrimida para considerar que concurrían en el caso de “La Manada”.

⁸⁰² “Además, no podemos dejar de hacer mención al hecho de que la sentencia, inexplicablemente, no recoge en el relato fáctico determinados extremos, aunque sí los da por probados en el análisis de la prueba que lleva a cabo en la fundamentación de la misma, lo que tiene una obvia eficacia fáctica”, p. 80

⁸⁰³ Se hace referencia expresa en la sentencia de instancia a que “la víctima se encontraba bebida” y que “en el momento de los hechos tenía un nivel de influenciamiento por el alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad y provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol”, vid. ibidem, p. 80.

⁸⁰⁴ Algo que quedó evidenciado con los propios videos que grabaron los agresores, incluso cuando “los mismos solo recogen una visión parcial, sesgada y fragmentada del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo, tomadas las imágenes por los acusados, e interrumpidas abruptamente y con carácter definitivo cuando la denunciante se encontraba en la situación descrita agazapada, acorralada contra la pared y gritando, en los que se escucha un choque de metal contra cristal, y se oye una voz masculina que dice illo esto no tiene guasa, y tres gemidos de dolor emitidos por la denunciante, momento a partir del cual se cortan los videos ante el cariz que estaban tomando los hechos”, vid., ibidem, p. 81.

a) Artículo 180.1 1ª del Código Penal.

La primera agravante del artículo 180.1 del Código Penal es de aplicación cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, protegiendo no sólo la libertad sexual de la víctima, sino también su dignidad como persona.

El Tribunal Supremo ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre los requisitos que deben concurrir para su aplicación. Así, en primer lugar, debe darse un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí ya existe en toda violación⁸⁰⁵, y, en segundo, el carácter particularmente degradante o vejatorio, tal y como exige el tipo penal, debe apreciarse respecto de la concreta violencia o intimidación ejercidas⁸⁰⁶.

Sin embargo, también ha sido aplicada cuando el carácter particularmente degradante o vejatorio afecta a la situación creada a la que se somete a la víctima. Es decir, en aquellos casos en los que el modus operandi del autor representa ese plus de antijuricidad exigido. Entonces, las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, deberán calificarse

⁸⁰⁵ Cuando la agresión sexual se convierte en violación, la vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena. Vid. STS de 4 de julio de 2019, en relación con las SSTs de 14 de febrero de 1994, de 21 de enero de 1997, de 17 de enero de 2001, de 28 de marzo de 2001 y de 9 de abril de 2003, pp. 87 y 88.

⁸⁰⁶ Por lo que sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación “*superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter particularmente degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecia, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a toda agresión sexual*”, vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con las SSTs de 28 de marzo de 2001 y de 9 y de abril de 2003, p. 87.

como especialmente degradantes o vejatorias, al representar un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima⁸⁰⁷.

¿Qué situaciones se han consideradas como ostentatorias de dicha calificación? Que la víctima haya sido mantenida desnuda o casi desnuda toda la noche, siendo penetrada analmente por distintos varones, a veces públicamente y otras siendo trasladada, recibiendo “risotadas” ante sus peticiones para que la dejaran marchar⁸⁰⁸; penetraciones violentas, bucales y vaginales, donde los autores se simultaneaban sucesivamente⁸⁰⁹; o dos sujetos que participaron simultáneamente con penetraciones anales y vaginales⁸¹⁰.

Pues bien, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra declara probado una serie de extremos que hacen referencia no solo al acto intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada por los agresores y a la que someten a la víctima, que resulta especialmente vejatoria⁸¹¹.

A saber, la forma en la que la víctima es introducida en el cubículo donde tuvo lugar la agresión⁸¹², pero también el hecho de que fue objeto de penetraciones bucales, vaginales y anales que, además, fueron grabadas por los acusados en seis videos de una duración de 59 segundos, más otro vídeo de 39 segundos⁸¹³, y se tomaron dos fotografías de la víctima. A lo que se suma el intenso agobio y desasosiego que sintió la víctima,

⁸⁰⁷ STS de 4 de julio de 2019 en relación con las STS de 16 de octubre de 2002, de 4 de marzo de 2003, de 26 de marzo de 2003 y de 3 de junio de 2003, pp. 88 y 89.

⁸⁰⁸ Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 3 de junio de 2003, p. 89.

⁸⁰⁹ Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 20 de marzo de 2012, pp. 89 y 90.

⁸¹⁰ Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 9 octubre de 2009, p. 90.

⁸¹¹ Vid. STS de 4 de julio de 2019, p. 91.

⁸¹² Vid. *ibidem*, p. 91.

⁸¹³ Y sobre ellos, dice el Tribunal Supremo que el escaso tiempo de grabación, 1 minuto y 38 segundos, no se corresponde con la realidad de las agresiones, pues “*el relato fáctico describe un total de 10 agresiones sexuales, cuando los hechos tuvieron una duración de 15 a 20 minutos*”, vid. *ibidem*, p. 92.

acompañada de estupor y que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad determinándole a realizar lo que los procesados le pedían⁸¹⁴.

A través de todos los factores estudiados, se concluye que, en consecuencia, la violencia o intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que se produjo un exceso en el modus operandi, más allá de las concretas acciones intimidatorias, lo que, en definitiva, implica un plus de antijuricidad tal y como sanciona el artículo 180.1 1º del Código Penal⁸¹⁵

b) Artículo 180.1 2ª del Código Penal.

Por su parte, la circunstancia segunda del artículo 180.1 es de aplicación cuando el delito del artículo 179 del Código Penal sea cometido por la actuación conjunta de dos o más personas. Dos son, de nuevo, los requisitos fundamentales que se han venido exigiendo para poder aplicar la agravación. En primer término, se requiere, no tanto el acuerdo previo para cometer la agresión, sino la colaboración eficaz para lograr el objetivo,

⁸¹⁴ Cita el Tribunal Supremo la definición de la Real Academia Española del verbo someter, que significa, según su primera acepción, humillar a una persona. Vid. *ibidem*, p. 92.

⁸¹⁵ Y, al igual que sucedió para calificar los hechos como constitutivos de un delito de violación, pone de relieve los numerosos elementos fácticos en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no fueron fijados en los hechos probados ¿Cuáles son los dichos elementos fácticos?. Primero, que se hace constar, “*en más de una ocasión*” que se practicaron por los acusados de forma simultánea, penetraciones por vía vaginal, anal. Segundo, que una de las dos fotografías que se tomaron, uno de los procesados tiene “*tiene apoyados sus glúteos sobre la cara de la denunciante, situada en un plano inferior y tiene su brazo derecho extendido apoyado en la parte superior de la pierna derecha del procesado; los ojos de la denunciante quedan ocultos por los glúteos de aquel, quien mira hacia el dispositivo de grabación, al tiempo que extiende su brazo derecho hacia atrás y hace un gesto con su dedo señalando hacia su glúteo derecho, siendo visible un tatuaje que porta en dicha zona corporal...-beso negro-*”. De otra parte, no podemos dejar que subrayar la actitud que apreciamos en dichas fotografías de José Ángel Prenda, quien con su gesto manifiesta, jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que está realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la denunciante (...) en las cuales afirma la Sala que se puede ver como posan en actitud jactanciosa. Lo cual, sin duda, implica una situación de triunfo, a la que los acusados querían dar proyección”, vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la SAP Navarra de 20 de marzo de 2018, pp. 93 y 94.

comportándose como un elemento antijurídico que incrementa tanto el desvalor de la acción como del resultado⁸¹⁶; y, además, es necesario que el delito hubiera podido cometerlo uno sólo de los participantes⁸¹⁷.

Asimismo, debe constatarse que, con su aplicación, no se vulnere el principio *non bis idem*. Algo que sucedería si se sancionase a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás ya que, si cada uno es autor por cooperación necesaria, se superpondría sobre el subtipo de actuación en grupo⁸¹⁸. Es decir, lo que exige la agravación es una actuación conjunta, no una participación en el delito en forma de autoría conjunta o coautoría. De este modo, las aportaciones de terceros quedarán enmarcadas en las figuras de cooperadores necesarios o cómplices, dependiendo de su grado de participación⁸¹⁹.

El caso de “La Manada”, a ojos del Alto Tribunal, cumple todos estos requisitos por las siguientes razones: La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, que supone una acusada superioridad para ejecutar el plan buscado de propósito; que el delito podría haber sido cometido por una sola persona⁸²⁰; la propia naturaleza de la agravación,

⁸¹⁶ En palabras del Tribunal Supremo, la presencia de los coparticipes supone una “acusada autoridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”, vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 24 de noviembre de 2009, p. 95.

⁸¹⁷ Pues, si para la comisión del delito, resultara imprescindible dicha actuación conjunta, no podría llegar a aplicarse. Vid. STS de 4 de julio de 2019, p. 96.

⁸¹⁸ “La autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado”, vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 12 de marzo de 2002, p. 96.

⁸¹⁹ Vid. STS de 4 de julio de 2019 en relación con la STS de 20 de marzo de 2012, p. 96.

⁸²⁰ “El delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación que hemos descrito, dadas las circunstancias concurrentes: la diferencia de edad de los agresores con la víctima, la fuerte complejidad física de todos los autores, el lugar recóndito, angosto y sin salida donde tuvieron lugar los hechos, la situación de embriaguez en que se encontraba la víctima, por lo que no era imprescindible para obtener el efecto intimidatorio sobre la misma, la actuación conjunta de todos”, vid., STS de 4 de julio de 2019, pp. 100-102.

que implica un incremento del desvalor de la acción⁸²¹; y porque no habían sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros agresores, sino exclusivamente como autores directos respecto de sus propias actuaciones a través de la continuidad delictiva.

Sobre este último extremo, el Tribunal Supremo expone que, en los supuestos en donde media intercambio de roles, y un sujeto accede carnalmente a la víctima mientras el otro intimida, para, después, intercambiar sus posiciones, suelen ser subsumidos en las normas concursales. Algo que, al no haber sido objeto de impugnación, no pudo realizarse en el caso concreto, pues, de haberse apreciado, se hubiera vulnerado el principio acusatorio⁸²².

1.1.4. Conclusión

Poco más puede decirse acerca de la completísima y acertada argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo para calificar los hechos como violación intimidatoria con la aplicación de las agravantes específicas 1ª y 2ª del artículo 180.1 del Código Penal. Como no podía ser de otro modo, la intimidación ejercida contra una víctima que se encuentra acorralada por cinco sujetos en un espacio angosto y sin salida es evidente, y así debería haber sido desde el fallo de instancia. Además, el Tribunal Supremo no sólo

⁸²¹ “La propia naturaleza de la agravación implica un incremento del desvalor de la acción, pues la intervención de los cinco procesados en la violación múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos”, vid., *ibidem*, pp. 100-102.

⁸²² “Es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto”, vid., *ibidem*, pp. 100-102.

consideró que existía dicha intimidación, sino que, despejando cualquier tipo de duda al respecto, fue considerada especialmente degradante y vejatoria.

Como consecuencia, no sólo se corrigieron los errores cometidos en la subsunción jurídica del caso de “La Manada”, sino que también se demostró que es posible una correcta interpretación de los delitos de agresión y abuso sexual en su modalidad intimidatoria diferenciándola del abuso sexual por prevalimiento. Interpretación que, además, se ha realizado sin poder tener en cuenta para ello elementos fácticos descritos en la argumentación de instancia, pero no incorporados a los hechos probados.

2. Análisis crítico del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

En el presente apartado vamos a centrarnos en la reforma que pretende realizarse respecto de los delitos sexuales, y, en concreto, de la equiparación típica de los delitos de agresión y abuso sexual que pretende realizarse eliminando la distinción existente entre ambos basada en los medios comisivos empleados para vencer o conseguir el consentimiento de la víctima y aportando una definición expresa del consentimiento como nueva figura central del delito de agresión sexual.

De esta forma, respecto de nuestro objeto de estudio, pues el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual pretende ser, como bien refleja su nombre, una ley integral, en el mismo sentido y alcance que lo fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, más conocida como Ley Integral, para la cual recoge una batería de medidas de prevención y sensibilización, así como formativas o educativas, se pretende modificar el Título VIII, que pasaría a denominarse “*Delitos contra la libertad sexual*”, eliminado el Capítulo II, “*De los delitos de abuso sexual*”, cuyo contenido pasaría a estar comprendido en los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual justifica dichas pretensiones respecto del Código Penal, en la introducción en modelo español de las obligaciones asumidas por España desde que

ratificó el Convenio de Estambul en 2014, cuya finalidad principal sería contribuir a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria⁸²³.

De nuevo, vuelve a salir a colación el Convenio de Estambul. Y, de nuevo, reitero que, por más que estudio dicho Convenio, no veo cómo España no ha adaptado ya su legislación vigente al mismo. Se nos dice, además, que con la reforma se pretende contribuir a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. Y, de nuevo, vuelvo a destacar los problemas prácticos que sobre la víctima puede tener una definición de consentimiento expreso en sentido positivo.

Pero, más allá de entrar a valorar la idoneidad de una reforma en materia de los delitos sexuales en general, y respecto de la equiparación de los delitos de agresión y abuso sexual en particular, vamos a estudiar cuáles son las concretas modificaciones que se pretenden introducir por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, si las mismas variado respecto de las previstas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, y si, en definitiva, resultarían positivas para la protección de la libertad e indemnidad sexual.

⁸²³ “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada sumisión química o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”, vid., Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, p. 9.

2.1. Delitos contra la libertad sexual. ¿Dónde queda la indemnidad?

El primer cambio notable que se deja ver tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, es el cambio en la rúbrica del Título VIII del Código Penal, que, de “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, pasaría a ser “*Delitos contra la libertad sexual*”, por lo que debe deducirse que la intención del legislador es la de considerar la libertad sexual como el bien jurídico protegido de todos y cada uno de los posibles sujetos pasivos, incluidos los menores y los incapaces, de los cuales se protege en la regulación actual su indemnidad sexual.

Y dicha intención no sólo se desprende del cambio en la rúbrica del Título VIII del Código Penal, sino que se entrevé en el propio nombre del Proyecto de Ley Orgánica, que alude en exclusiva a la protección integral de la libertad sexual.

Recapitulando, brevemente, las consideraciones teóricas respecto de la libertad e indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, la primera hace referencia al ejercicio de la propia sexualidad en libertad, comprendiendo una dimensión positiva, y otra, negativa. Así, la vertiente positiva protege la capacidad del sujeto para disponer de su cuerpo a efectos sexuales sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena; mientras que, la negativa, ampara el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en comportamientos de naturaleza sexual no consentidos o deseados.

Por su parte, la indemnidad sexual comprende el bienestar psíquico y la consecución de un normal y adecuado progreso en la formación sexual de determinados sujetos, como

los menores o incapaces, en el sentido de no verse involucrado en un contexto sexual respecto del cual no están preparados para consentir, y que puede interferir posteriormente en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad sexual.

Como puede observarse, la libertad y la indemnidad sexual hacen referencia a dos realidades distintas y completamente diferenciadas. Y por ello, a mi parecer, sería un error eliminar la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, pues si la libertad sexual se define, precisamente, por el derecho a autodeterminarse sexualmente y no verse involucrado en actividades sexuales no queridas, carece de sentido entender que sujetos que no poseen, justamente, esa capacidad, puedan autodeterminarla.

Además, precisamente por entender que los menores e incapaces carecen o tienen limitada su capacidad para decidir libremente en la esfera sexual, y tras un largo debate doctrinal al respecto, se introdujo la referencia expresa a la indemnidad sexual a través de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal⁸²⁴.

Y es que, respecto de dichos sujetos, se protege, sin lugar a duda, su futura capacidad de autodeterminar la libertad sexual, y no una libertad sexual inexistente en el momento de comisión del hecho delictivo. A modo de ejemplo, si nos imaginamos a un menor de seis años sobre el que se comete un abuso sexual, ¿puede considerarse que

⁸²⁴ En este sentido, LAMARCA PÉREZ, C., al afirmar que “*junto con a la libertad sexual, y a partir de la reforma introducida por la LO 11/1999, la rúbrica del Título VIII alude asimismo a la indemnidad sexual concepto que, como el de intangibilidad sexual también utilizado por la doctrina, hace referencia al objeto de protección en el caso de menores o discapaces quienes, como señala la mayoría de la doctrina, carecen o tienen limitada su capacidad para decidir libremente en este ámbito*”, vid., LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021, p. 182.

posee el conocimiento como para poder decidir si quiere o no consentir actos de naturaleza sexual? Evidentemente, no. Pues ni siquiera tiene conocimiento alguno sobre lo que es la sexualidad. Entonces, lo que se estaría vulnerando es su futura capacidad para auto descubrirse, sin ningún tipo de experiencia traumática previa, que condicione sus actividades sexuales cuando pueda y desee practicarlas⁸²⁵.

De igual forma, en aquellas situaciones en las que se abusa de la situación mental de un sujeto pasivo que, precisamente por dicha condición, carece de capacidad de decisión respecto de que decir o hacer, tampoco se podría estar protegiendo su libertad sexual, sino su indemnidad en idénticos términos que los expuestos supra⁸²⁶.

Tampoco creo que pueda justificarse la supresión de la indemnidad amparándose en el arquetipo de que la libertad sexual en sentido genérico o amplio, y sobre todo respecto de su vertiente negativa, comprende la indemnidad sexual. En este sentido, se ha venido argumentando por los partidarios de considerar la libertad sexual como único bien jurídico protegido, que su ámbito de protección se extiende también al normal desarrollo y formación de la vida sexual, por lo que los menores e incapaces también se encuentran protegidos en términos de libertad sexual⁸²⁷.

⁸²⁵ Sobre la libertad e indemnidad sexual de los menores de 16 años, vid., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Sexo, mentiras y un Anteproyecto”, en El Mundo, Tribuna Digital, 12 de mayo de 2021.

⁸²⁶ En contra de la reforma, por entender que se siguen castigando modalidades delictivas que sólo son entendibles en términos de indemnidad sexual, y refiriéndose especialmente a los sujetos de cuya situación mental se abusa, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de las agresiones sexuales”, Diario La Ley, núm. 9790, 2021, p. 8.

⁸²⁷ A favor de que la libertad sexual sea el exclusivo bien jurídico protegido de los delitos sexuales, por entender que la indemnidad sexual se encuentra comprendida en ésta y que, en el caso concreto, podría valorarse, sin hacer referencia expresa a la indemnidad sexual, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad de los menores e incapaces, vid., Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, pp. 61-63.

Aunque si bien es cierto que, entiendo y espero que, basándose precisamente en este argumento, la supresión específica de la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII no implicaría su desaparición como bien jurídico protegido, sino que éste quedaría subsumido en la libertad sexual, considero mucho más ajustado a la lógica legislativa que se mantenga la referencia expresa en el Código Penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Máxime, cuando el cambio no viene acompañado de una correlativa variación de la regulación específica que abarque la protección de la indemnidad sexual, que queda recogida prácticamente en idénticos términos. Ello provocaría que, si finalmente se aprobara la reforma, tendría que hacerse una abstracción de la doctrina jurisprudencial al respecto que traería, como consecuencia, sin lugar a duda, incoherencia legislativa e inseguridad jurídica⁸²⁸.

En definitiva, parece que la opinión doctrinal mayoritaria, por no decir total, a la cual me sumo, se posiciona a favor de mantener la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII. Pues, de otra forma, existiría una discordancia entre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, y los comportamientos que integran la conducta típica.

⁸²⁸ En el mismo sentido, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, p. 78.

2.2.El nuevo tipo base de agresión sexual. Los apartados primero y segundo del artículo 178 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

2.2.1. La conducta típica

El nuevo tipo base de agresión sexual queda definido en los apartados primero y segundo del artículo 178 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual en idénticos términos a los ya recogidos en el Anteproyecto, siendo la única diferencia entre ambos la definición expresa de consentimiento aportada, y que veremos en el siguiente subapartado.

Así, el proyectado artículo 178.1, recoge como conducta típica cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento⁸²⁹, y, por su parte, el artículo 178.2 completa la descripción típica, estableciendo que, en todo caso, serán considerados agresiones sexuales los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad⁸³⁰.

⁸²⁹ “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento (...)”, Artículo 178.1 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸³⁰ “A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”, Artículo 178.2 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Aquí es donde nos encontramos la equiparación típica entre los delitos de agresión y abuso sexual, ya que, primero, mediante una fórmula abierta, se define la conducta susceptible de integrar el tipo base de agresión sexual, quedando descrita como cualquier acto atentatorio de la libertad sexual, para, después, especificar que quedan, en todo caso incluidos, los supuestos que en la actualidad integran los delitos de agresión y abuso sexual⁸³¹.

A saber, la violencia e intimidación de la agresión sexual –actualmente comprendidas en el artículo 178 del Código Penal–, y los abusos que se cometan sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como el abuso por prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima –actualmente regulados en los artículos 181.1, 2 y 3 del Código Penal, respectivamente–. A estos se añade un nuevo supuesto típico, consistente en que la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

De dicha equiparación típica se ha suprimido el actual artículo 182 del Código Penal, en donde se recoge la realización de actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho años, cuando intervenga engaño o abuso de una posición de reconocida confianza, autorizad o influencia sobre la víctima. Lo cual, dada su escasa aplicación práctica, debe analizarse positivamente.

⁸³¹ A excepción del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima, que queda como una de las circunstancias agravantes del artículo 180 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Algo que, cuando veamos las reformas que se pretenden introducir en el artículo 180, estudiaremos con más profundidad, ya que puede dar lugar a problemas interpretativos que dejarían en desuso la agravante específica.

Pues bien, definiendo la conducta típica del delito de agresión sexual en sentido amplio, se pretende por el legislador, precisamente, eso, que, con independencia de la mayor o menor entidad del comportamiento llevado a cabo, o de los medios comisivos empleados, si se atenta contra la libertad sexual de una persona sin su consentimiento, se estaría cometiendo un delito de agresión sexual. Fórmula que, por su parte, resulta completamente novedosa, pues ni tan si quiera con anterioridad al Código Penal de 1995 estaban equiparadas la totalidad de las conductas típicas atentatorias de la libertad e indemnidad sexuales o, en su caso, de la honestidad⁸³².

En este sentido amplio, se han venido posicionado los que están a favor de la equiparación típica, argumentando que la regulación actual adolece de ciertos defectos que serían solucionados mediante la unificación y ordenación de las conductas típicas constitutivas de agresión y abuso sexual bajo una denominación única, basada en el consentimiento, y no en los medios comisivos. Algo que, en su opinión, mejoraría la protección a la libertad sexual y la idea de que cualquier atentado sexual es intolerable⁸³³.

Y, a mi parecer, como ya he venido argumentando, de manera errónea, pues la equiparación de abuso y agresión en una única categoría delictiva no se encuentra

⁸³² Recordemos que el delito de violación quedaba definido por el uso de violencia, intimidación o cuando la mujer se hallase privada de razón o sentido o fuese menor de doce años, siendo el resto de las conductas integrantes del delito de abusos deshonestos, que se diferenciaba, a su vez, en su modalidad violenta, o equiparada a la violación, y no violenta, o equiparada al estupro.

⁸³³ Vid., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., y FARALDO CABANA, P., “Presentación”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, op. cit., pp. 27 y 28; FARALDO CABANA, P., y RAMÓN RIBAS, E., “Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 21-42; GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de las agresiones sexuales”, op. cit., p. 5.

justificada ni por razones de injusto, ni de culpabilidad⁸³⁴, tal y como va a exponerse a continuación.

Al inicio del presente capítulo dije que la clave para regular correctamente las conductas típicas integrantes de los delitos de agresión y abuso sexual, o en su caso, como pretende la reforma, de los delitos de agresión sexual, está en determinar qué comportamientos concretos queremos castigar y qué reprochabilidad debemos darle a cada uno de ellos⁸³⁵.

Todos estamos de acuerdo, entonces, en que la totalidad de las conductas típicas recogidas en los delitos de agresión y abuso sexual son intolerables y que dañan una esfera tan personal e importante para el sujeto pasivo como es la libertad sexual, o la indemnidad sexual de determinados sujetos, y, como tales, deben estar recogidas y penadas en el Código Penal.

La problemática está en determinar si la totalidad de estos comportamientos poseen la misma gravedad objetiva o, si, por el contrario, aunque graves, merecen diferente reprochabilidad, tal y como refleja el modelo actual. Y en este sentido, a mi juicio, las

⁸³⁴ En este sentido, LLORIA GARCÍA, P., cuando afirma que *“parece que la idea es equiparar abuso y agresión, en una identificación que no parece justificada, desde luego, por razones de injusto ni de culpabilidad, y que podría romper con un cambio que llevó a estos delitos por la senda de la igualdad abandonando un paternalismo insufrible para las mujeres”*, LLORIA GARCÍA, P. *“La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”*, en LLORIA GARCÍA, P. (directora) y CRUZ ÁNGELES, J., (coordinador), *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, Pamplona, p. 52.

⁸³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., critica la técnica legislativa empleada en la pretendida reforma diciendo que, *“para llegar a un concepto legal, primero hay que buscar lo que es común en la multitud de casos a los que se quiere abarcar como constitutivos del delito en cuestión, para después, mediante un proceso de abstracción, establecer una definición genérica en la que sea posible subsumir todos aquellos casos en su múltiple variedad (...) frente a este proceso (...) el prelegislador del Anteproyecto lo ha puesto todo del revés: ha arrancado de un caso concreto: del de la Manada”*, vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., *“Solo sí es sí”*, op. cit., p. 39.

agresiones sexuales poseen una reprochabilidad más elevada que los abusos sexuales, como una consecuencia necesaria, tanto de la mayor gravedad y peligro para la vida e integridad física de la víctima que entraña el empleo de violencia e intimidación⁸³⁶, como de la mayor reprochabilidad que posee el ataque contra el bien jurídico protegido cuando el agresor se vale de dichos medios para conseguir su fin⁸³⁷.

Y es que, como consecuencia de dicha afirmación, tenemos, actualmente, dos categorías delictuales diferenciadas que suponen dos formas diferentes de dañar el bien jurídico protegido, pues mientras que las agresiones sexuales niegan la libertad ajena, los abusos la vician⁸³⁸. Así, las agresiones sexuales están caracterizadas porque el autor emplea violencia o intimidación para vencer el consentimiento; mientras que, en los abusos sexuales, el agresor se aprovecha de que la víctima se halla privada de sentido, abusa del trastorno mental de ésta, anula su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas

⁸³⁶ En el mismo sentido y considerando que si se prescinde de la graduación de la pena respecto de los delitos de agresión y abuso sexual se estaría trasladando el objeto de protección de la norma de la libertad a la moral sexual, vid. GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12. También GIMBERNAT ORDEIG, E., quien afirma que, “*además de la lesión del bien jurídico protegido en concreto, se produce la ulterior vulneración de otro interés jurídico, a saber: la lesión efectiva de la integridad física de la víctima, o la amenaza dirigida contra ella de causarle un mal grave*”, vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo si es si”, op. cit., p. 38; en contra, GONZÁLEZ RUS, J.J. “La reforma de las agresiones sexuales”, op. cit., p. 5.

⁸³⁷ En el mismo sentido, el CGPJ, afirmando que la distinción entre agresión y abuso sexual, en línea de lo expuesto anteriormente, responde a la existencia de una diferencia material en el grado de lesividad de las conductas a las que el legislador otorga distinta penalidad determinando de esta forma un distinto desvalor de la acción y de resultado en cada una de ellas. Y por ello, el legislador anuda una distinta penalidad a las diferentes conductas típicas expresando de este modo un distinto desvalor de acción y de resultado de cada una de ellas. Vid., Informe del Consejo General del Poder General al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, pp. 78 y 79.

⁸³⁸ GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12.

o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, o se prevale de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

La equiparación típica no solo podría vulnerar el principio de proporcionalidad, en cuanto que produciría una prohibición de exceso al castigar más severamente conductas que presentan un menor grado de lesividad⁸³⁹, sino que podría causar un efecto de desprotección de la víctima⁸⁴⁰ en cuanto que se eliminaría la desincentivación de la comisión de comportamientos más disvaliosos con conminaciones penales más graves. Lo que supondría que, para el agresor, no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor, pues todos los comportamientos llevarían aparejados el mismo castigo⁸⁴¹.

Una vez dicho esto, veamos las tres conductas típicas que se pretenden equiparar con las agresiones sexuales. La primera, el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima. Y respecto a ésta, no puedo sino repetir que no es, ni puede ser lo mismo, una agresión sexual en la que el autor emplee violencia o intimidación sobre

⁸³⁹ Vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, p. 80.

⁸⁴⁰ Sobre el efecto desprotector que podría causarse sobre las víctimas, el CGPJ considera que “*por un lado, la tipificación del nuevo artículo 178 CP puede incurrir en una prohibición de defecto de protección (Untermassverbot, en la terminología de la iuspublicística alemana) al resultar irrelevante para la norma penal el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no*”, vid., Ibidem., pp. 79 y 80.

⁸⁴¹ En contra, FARALDO CABANA, P., quien se pregunta “*¿por qué premiar al delincuente astuto y previsor que consigue burundanga frente al que amenaza con usar violencia física? ¿por qué imponer menos pena al que se aprovecha de que su víctima está en coma o queda psicológicamente bloqueada por el miedo, incapaz de resistirse ni de huir, frente, de nuevo, al que la amenaza con usar violencia contra ella?*”, vid., FARALDO CABANA, P., “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, op. cit., p. 64.

la víctima, que un abuso sexual en el que el sujeto activo se prevale de su posición de conocida autoridad⁸⁴².

Al respecto, resulta sumamente ilustrador el ejemplo puesto por GIMBERNAT ORDEIG, E., para criticar la injusta equiparación que se pretende realizar de dos supuestos materialmente diferentes. Así, argumenta que no es equiparable que el autor consiga tener acceso carnal con una mujer en un descampado, después de agredirle físicamente, o bajo la amenaza de que, si se niega, la estrangulará, que el comportamiento que lleva a cabo el idolatrado y admirado profesor de cuarenta y nueve años que, prevaleciéndose de la autoridad que ejerce sobre su alumna de dieciocho, practica actos sexuales con ella, consistentes en acceso carnal. Concluye, de esta manera, que cuando el agresor acude a la violencia o intimidación para vencer el consentimiento de la víctima, está poniendo de manifiesto una brutalidad que no tiene reciprocidad en los tipos de abuso sexual⁸⁴³.

Para justificar la equiparación, se ha esgrimido un argumento fundamental: la supuesta dificultad existente para distinguir entre los supuestos de hecho límite entre una violación intimidatoria y un abuso sexual con prevalimiento⁸⁴⁴. Al respecto, pueden hacerse varias objeciones.

⁸⁴² En contra de la equiparación de ambos supuestos, vid., PÉREZ DEL VALLE, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, en Diario La Ley, nº 10045, Sección Tribuna, 7 de abril de 2022, p. 4.

⁸⁴³ Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo si es si”, op. cit., p. 38.

⁸⁴⁴ Criterio que emplea GONZÁLEZ RUS, J. J., cuando afirma que “*mientras que la estimación de la violencia no plantea ningún problema conceptual, más allá de su suficiencia, la intimidación se ha convertido en una fuente inagotable de complicaciones. No tanto por sí misma –bien definida tanto doctrinal como jurisprudencialmente–, cuanto por la necesidad de diferenciarla de las situaciones típicas configuradoras de los abusos sexuales: prevalimiento (intimidación menor, según gratifica expresión de la jurisprudencia), situación de superioridad, de confianza, de autoridad, influencia o engaño (hasta seis enunciaciones legales distintas), a menudo con contenidos (muy) secantes. Todo ello, a más, relacionado con que exista o no consentimiento, y su validez, y la eventual concurrencia de las situaciones típicas del*

En primer lugar, como hemos visto al inicio del Capítulo, que los delitos de agresión y abuso sexual no son los únicos que emplean la concurrencia de violencia o intimidación para definir las diferentes conductas típicas, sino que, al contrario, es utilizado en otros muchos ilícitos para establecer una diferencia material entre dos conductas típicas que, aun vulnerando el mismo bien jurídico, ostentan una gravedad diferente⁸⁴⁵.

Entonces, si esa diferenciación desaparece de los delitos de agresión o abuso sexual, bien por inferir la existencia de una dificultad probatoria entre la intimidación y el abuso de superioridad, bien por entender que el empleo de violencia o intimidación no merece ese plus de reprochabilidad, se estaría fundando un nuevo criterio legislativo de equiparación, que, consecuentemente, debería de ser aplicado también al resto de delitos del Código Penal que lo tienen integrado para establecer penas más o menos graves. Pues, lo que carecería de sentido legislativo, sería eliminarlo únicamente de los delitos de agresión y abuso sexual⁸⁴⁶.

Pero es que, además, como consecuencia inherente a lo anterior, la dificultad para distinguir entre los supuestos límites arriba referenciados, no es una excepcionalidad de los delitos de agresión y abuso sexual, sino que es una problemática a la que los juzgadores deben enfrentarse a menudo⁸⁴⁷.

art. 181.2. Demasiado, para que una cuestión tan esencial como diferenciar entre agresión sexual y abusos sea clara y de aplicación sencilla. Prueba de ello (por citar solo el caso más reciente y conocido) son las debatidas resoluciones judiciales sobre La Manada”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de las agresiones sexuales”, op. cit., p. 3.

⁸⁴⁵ Por ejemplo, los delitos de robo y hurto.

⁸⁴⁶ Vid., GIMBERNAT ORDEIG, “Solo si es si”, op. cit., p. 38.

⁸⁴⁷ “Esa dificultad constituye, por el contrario, porque pertenece a la naturaleza de las cosas, un problema con el que el intérprete tiene que enfrentarse a menudo; en la metodología alemana del Derecho a esa dificultad se la denomina: *Der Schmerz der Grenze* –el dolo del límite (o de la frontera)–. Cuando los supuestos de hecho que se representan en la realidad son subsumibles en el núcleo del concepto, no existen esas dificultades de delimitación, que es lo que sucede, por ejemplo, en los inequívocos casos anteriormente expuestos de quien penetra vaginalmente a la mujer, amenazándole con estrangularla si no accede a los

La segunda equiparación típica a la que aspira el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, es la referente a aquellos actos sexuales que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare, lo que supondría la vuelta al sistema penal preconstitucional, en donde esta conducta típica se encontraba integrada, junto con la violencia e intimidación⁸⁴⁸ en el tipo base de violación.

Y, en este grupo, podemos también incluir la tercera equiparación típica, consistente en que la víctima tenga anulada, por cualquier causa, su voluntad. Conducta que no debe confundirse con la recogida actualmente como abuso sexual en el artículo 181.2 del Código Penal, esto es, anular la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto que, con en el Proyecto, queda recogida como una circunstancia agravante más del artículo 180.1 del Código Penal⁸⁴⁹.

Si bien, la equiparación pretendida respecto de estos supuestos típicos resulta más razonada que la anterior, sobre todo si aplicamos el mismo criterio valorativo que hemos empleado para afirmar la diferente gravedad de la violencia o intimidación respecto del prevalimiento de una situación de superioridad.

deseos del autor (violación intimidatoria, por encima de cualquier duda posible), y el de aquel idolatrado profesor de 49 años que, abusando de su autoridad, tiene acceso carnal con la alumna deslumbrada por el docente 31 años mayor (inequívoco abuso sexual prevaliéndose de una situación de superioridad). Pero, naturalmente, a medida que nos alejamos de los núcleos conceptuales de la violación intimidatoria y del abuso sexual, aprovechándose de una situación de superioridad, los contornos se van haciendo cada vez más difusos”, vid., GIMBERNAT ORDEIG, “Solo si es sí”, op. cit., pp. 38 y 39.

⁸⁴⁸ Y junto a que la víctima fuese menor de doce años.

⁸⁴⁹ Vid., PÉREZ DEL VALLE, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, op. cit., p.4.

Esto es que, en las agresiones sexuales, el consentimiento es inexistente, mientras que, en los abusos sexuales, se encuentra viciado. Así, se puede afirmar que en aquellos casos en los que la víctima se encuentra privada de sentido o tiene su voluntad anulada, tampoco se prestado consentimiento. Pues sí, por ejemplo, la víctima se encuentra dormida o bajo los efectos de sustancias tóxicas, lo que le hace permanecer en estado de inconsciencia, difícilmente puede prestar su consentimiento a la práctica de los actos sexuales que pretende imponerle el agresor⁸⁵⁰.

Sin embargo, considero que su equiparación, podría haberse efectuado sin necesidad de abandonar la distinción típica de los delitos de agresión y abuso sexual⁸⁵¹.

Sobre todo porque dicha equiparación nos lleva, de nuevo, a una incoherencia legislativa, sobre todo si lo comparamos con el cambio efectuado en las circunstancias agravantes del artículo 180.1 del Código Penal. Me refiero a que, el legislador, a la vez que equipara las anteriores conductas con el empleo de violencia e intimidación, agrava el supuesto típico en donde es el sujeto activo quién suministra a la víctima fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto⁸⁵².

⁸⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Contrarréplica a una réplica: Otra vez: Solo sí es sí”, op. cit., *passim*.

⁸⁵¹ En términos similares, el CGPJ, cuando afirma que “*respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico*” vid., *ibidem.*, p. 79.

⁸⁵² El artículo 180.1 7ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual agrava aquellos supuestos en los que, “*para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”.

Todo ello, mientras sigue descartando sistemáticamente la creación de un tipo agravado que contemple la violencia o intimidación. Pues, en este sentido, la violencia⁸⁵³, solo recibe mayor reprochabilidad en la reformulación que ha sufrido la actual agravante consistente en que los actos sean especialmente degradantes o vejatorios, que incluiría, con la reforma, aquellos supuestos que vayan precedidos o acompañados de violencia extrema⁸⁵⁴.

En consecuencia, no solo se afirma que la violencia e intimidación merecen el mismo castigo que, por ejemplo, aprovecharse de que la víctima tiene anulada su voluntad para proceder a accederla carnalmente, sino que, suministrar fármacos, drogas, o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto es, todavía, más grave. Pero no sólo, sería más grave, sino que resultaría equivalente a que el sujeto activo emplee una violencia de extrema gravedad contra el pasivo, pues ambas son circunstancias agravantes con idéntico resultado penológico.

Con ello, no estoy queriendo decir que, aisladamente consideradas, esté en contra de las citadas agravaciones, al contrario, celebro que se incluya la violencia de extrema gravedad como circunstancia agravante, al igual que considero más grave suministrar, por ejemplo, una droga que deje a la víctima con su voluntad anulada, que aprovecharse de ha sido ésta quien se ha puesto en la citada situación.

⁸⁵³ Que no intimidación, pues como veremos en el concreto análisis de las circunstancias, ha quedado eliminada de forma expresa de la agravante contenida en el artículo 180.1 2ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁵⁴ Mientras que en la actualidad forma parte del tipo base de abuso sexual, el artículo 180.1 2ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, tal y como veremos en el apartado dedicado al estudio de dicho artículo, agrava aquellos supuestos en los que la agresión sexual “*vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*”.

Lo que digo es que, el legislador, al considerar la gravedad extrínseca e intrínseca de los supuestos típicos que van a formar parte de los ataques contra la libertad e indemnidad sexuales, parece empeñado en descartar la violencia y la intimidación como las formas más graves. Y, al igual que ha apreciado en los anteriores casos una diferencia valorativa respecto de la forma de comisión, pues no es lo mismo poner a la víctima en una situación en la que se anula su voluntad, que aprovecharse de ese estado previo, debería de haberlo hecho también con la violencia e intimidación.

Lo adecuado hubiera sido, entonces, que, aun procediendo con la equiparación típica de las conductas de agresión y abuso sexual, en el sentido de que todo atentando contra la libertad e indemnidad sexual sean consideradas agresión sexual, la violencia o intimidación hubieran tenido su propio precepto agravatorio, por ejemplo, mediante la introducción de un apartado concreto en el artículo 178 del Código Penal que así lo estableciese.

Y a ello se suma que, aunque se proceda con la reforma, lo más probable es que, la equiparación, permaneciese en un plano formal o simbólico⁸⁵⁵, ya que, en el enjuiciamiento de los casos concretos, lo lógico sería que, para el empleo de violencia o intimidación, se siguiese aplicando los castigos más graves, dentro de la horquilla aportada por el legislador. Y ello, dado que, inevitablemente, los medios empleados por el autor seguirían jugando un papel relevante y necesario para graduar la gravedad del comportamiento delictivo, tal y como exige el principio de proporcionalidad.

⁸⁵⁵ En el mismo sentido, vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12.

En este punto, resulta conveniente traer a colación la pena prevista para el tipo base de agresión sexual en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, esto es, una pena de prisión de uno a cuatro años. Si la comparamos con la regulación actual, las agresiones sexuales llevan aparejadas una pena de prisión de uno a cinco años, mientras que, los abusos sexuales, pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Dos son las consideraciones que deben hacerse al respecto. En primer lugar, de aprobarse la reforma se rebajaría el límite máximo en un año, pues actualmente estaba en cinco años para las agresiones sexuales, mientras que el Proyecto prevé un máximo de cuatro años. En segundo lugar, algo que ya ha dejado constar la doctrina que se ha posicionado en contra de la reforma⁸⁵⁶, que en la actualidad, las penas previstas para los delitos de agresión y abuso sexual se solapan, por lo que la diferencia material existente entre ambos se diluye en aquellas agresiones más leves respecto de los abusos sexuales más graves.

En definitiva, respecto de la equiparación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, no puedo sino concluir en sentido negativo, pues la indiferencia normativa de los medios comisivos pugna con el principio de proporcionalidad, máxime cuando la

⁸⁵⁶ Vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12.

equiparación de determinados supuestos⁸⁵⁷, podría haberse efectuado sin necesidad de abandonar la distinción típica entre ambos delitos⁸⁵⁸.

2.2.2. El consentimiento

Como hemos visto, la redacción de la conducta típica del delito base de agresión sexual prácticamente no varió respecto del Anteproyecto y Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Sin embargo, la definición expresa del consentimiento, que es una de las principales y más controvertidas novedades, si ha tenido algunos cambios sustanciales que no se han visto justificados por el legislador.

Y ello, dado que, en el Anteproyecto, se regulaba una definición en sentido negativo, haciendo referencia a que, cuando la víctima no haya manifestado libremente, por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el concreto acto sexual, se entenderá que no existe consentimiento⁸⁵⁹; mientras que, el Proyecto, lo define en sentido positivo, afirmando que sólo habrá consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos

⁸⁵⁷ Sobre la equiparación de estos supuestos, el CGPJ considera que “*la regulación actual ha sido objeto de críticas en algunos extremos relevantes. Así se ha puesto de relieve que la tipificación como abusos sexuales del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea que anule la voluntad de la víctima, introducida por la LO 5/2010, resulta inadecuada para absorber la cantidad de injusto de la acción, pues el empleo de este tipo de sustancia no es sino una forma de violencia que debería ser castigada como agresión sexual*”, vid., *ibidem.*, p. 79.

⁸⁵⁸ “*Respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico*” vid., *ibidem.*, p. 79.

⁸⁵⁹ “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”, vid., Artículo 178.1 del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

que, en función de las circunstancias del caso concreto, expresen de manera clara la voluntad de la persona⁸⁶⁰.

El Gobierno, ha justificado, por su parte, la adopción de un modelo en sentido positivo, que denomina cómo el modelo de “solo sí es sí”, para aclarar, según sus palabras, que el silencio o la pasividad de la víctima no significa, necesariamente, que esté consintiendo. Se pretende, de esta forma, elevar el estándar de seguridad, protegiendo a la totalidad de las víctimas que no consientan el acto sexual, y no solo a aquellas que muestren su oposición de forma clara. Así, se evitaría dejar indefensas a aquellas mujeres que, por diferentes razones, no manifiestan expresamente su oposición a los actos de carácter sexual⁸⁶¹.

El cambio, aunque pueda parecer baladí, pues en ambos casos se hace referencia a la voluntad expresa de la víctima, desde luego que no lo es. Es muy diferente expresar cuando “no” hay consentimiento, a cuando “sí” hay consentimiento. Y que dicho modelo legal haya pasado de estar formulado en sentido negativo, a positivo, no sólo puede acarrear importantes problemas interpretativos, sino que no responde a la realidad social de las prácticas sexuales, tal y como vamos a ver en las líneas que siguen.

⁸⁶⁰ “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”, vid., Artículo 178.1 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁶¹ “Por otra parte, recoge que el consentimiento es un aspecto fundamental sobre el que se configuran los delitos contra la libertad sexual y opta por un modelo de consentimiento positivo, inspirado, en parte, en el Convenio de Estambul. El modelo, de solo sí es sí, deja claro que el silencio o la pasividad no necesariamente significa consentimiento; que el no mostrar oposición no puede ser una excusa para actuar en contra de voluntad de la víctima; y eleva el estándar de seguridad dejando claro que a la víctima se la protege cuando no consiente en el acto sexual y no solo cuando muestra claramente su oposición. De esta forma, se evita dejar indefensas a aquellas mujeres que, por diferentes razones, no llegan a manifestar expresamente su oposición a los actos de carácter sexual en los que se ven implicadas”, vid., <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx>.

Ahora bien, antes de entrar a valorar la concreta definición dada, debe estimarse si es conveniente y necesario, o no, incluir en nuestra regulación penal una descripción expresa del consentimiento que integre la tipicidad de la conducta, y si dicha definición es una exigencia que la legislación española debe cumplir para adaptarse al Convenio de Estambul.

Y, respecto a éste último extremo, como ya he venido diciendo, pero creo necesario repetir aquí, lo cierto es que lo que exige el artículo 36.2 del Convenio de Estambul es que el consentimiento esté basado en la voluntariedad del sujeto que debe prestarlo, pero no especifica la fórmula legal que cada país decida utilizar para recogerla. Es decir, el Convenio de Estambul, no impone a los Estados parte una concreta definición de qué deba ser el consentimiento sexual, sino que deja un margen de interpretación al respecto.

Sin embargo, tal y como vimos en el Capítulo de Derecho Comparado, lo que sí es indudable es que, en el ámbito europeo, se está observando una cierta tendencia a dejar atrás el modelo basado en los medios comisivos para sustituirlo por uno que regule el consentimiento de forma expresa. Pero es eso, una tendencia, o preferencia legislativa si se prefiere, que no debe ser confundida con obligatoriedad.

Y decir que España no cumple con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, es tanto como afirmar que, en realidad, no se protege la libertad e indemnidad sexual y que, por tanto, la regulación actual no tiene en cuenta la voluntariedad de la víctima. Algo que, desde luego, tampoco es cierto, pues los delitos de agresión y abuso sexual ya se asientan sobre la idea de consentimiento, pues todo acto de carácter sexual realizado sin el libre

consentimiento del sujeto pasivo es punible, bien porque no existe dicho consentimiento, o, porque existiendo, está viciado.

La razón de que no se encuentre referenciado o definido expresamente estriba, de nuevo, en una cuestión de técnica legislativa⁸⁶², totalmente ajustada a derecho y a las exigencias internacionales.

Introducir en la legislación española una definición expresa de consentimiento sexual resulta, como consecuencia de lo anterior, innecesaria, pues la problemática en torno al consentimiento, en los concretos casos que pudieran darse, no es conceptual, sino probatoria⁸⁶³. Por tanto, el debate no debería girar en qué deba ser o no el consentimiento, que resulta obvio, sino en cuando el mismo ha sido o no prestado por la víctima, algo que ya tenemos en nuestro modelo actual.

Pero dicha innecesaridad se hace todavía más patente si el cambio legislativo encuentra su razón de ser en el caso de “La Manada” o, en sentido generalista, en aquellas víctimas que no verbalizan su negativa a participar de los actos sexuales, pues el vacío legal que se intenta construir en torno a la regulación del consentimiento y su interpretación jurisprudencial⁸⁶⁴ es, en realidad, inexistente⁸⁶⁵.

⁸⁶² En este sentido, para el CGPJ basta con acudir a la definición del consentimiento ofrecida por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española: “*Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*”, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, p. 82.

⁸⁶³ Ibidem., p. 82.

⁸⁶⁴ Vid., entre otras muchas, las recientes SSTs de 14 de mayo de 2020 y de 3 de julio de 2020, en donde se ha determinado, sin problemas, cuándo cabe apreciar que concurre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.

⁸⁶⁵ En el mismo sentido, vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M.,

Vuelvo a traer aquí lo ya dicho al inicio del presente capítulo y es que, en el caso de “La Manada”, la posibilidad de que la víctima consintiera libremente, aun cuando no dijo expresamente ¡sí! o ¡no!, ni siquiera fue planteada por los juzgadores, dando credibilidad nula a que una víctima que se queda paralizada y no expresa en sentido positivo o negativo su voluntad esté, en realidad, manifestando su conformidad con la práctica de actos sexuales sobre su cuerpo o sobre terceros.

Pero, además de resultar innecesario, la concreta definición contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual no es, tampoco, la más acertada. Y ello por varios motivos.

Primero, porque la definición hace referencia a que la víctima deba manifestar su voluntad expresa mediante actos que así lo denoten. Las dudas sobre la interpretación que de dicho precepto pueda llegar a hacerse son, cuanto menos, preocupantes: ¿Qué pasa con las víctimas que no expresen su voluntad mediante actos? ¿estarían amparadas?. A priori, se podría entender que no, y en este sentido, en la aplicación práctica, pudieran llegar a darse fallos en los que se nieguen la validez de un consentimiento tácito o no expresado verbalmente⁸⁶⁶.

GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12.

⁸⁶⁶ “Pero los problemas de la propuesta comienzan si la misma supone además negar la validez de un consentimiento tácito o no expresado verbalmente” vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 12

Segundo, porque pretender exigir la necesidad de verbalizar el consentimiento en las relaciones sexuales, además de algo excesivo, resulta completamente alejado de nuestros usos y costumbres⁸⁶⁷, lo que no permitiría distinguir entre las múltiples situaciones que pueden llegar a darse en el contexto de una relación sexual. En tal caso, y como otro ejemplo de los innumerables problemas prácticos que podría acarrear, ¿sería necesario consentir cada una de las concretas prácticas que se quieran realizar?, o, por el contrario, ¿el consentimiento inicial sería suficiente?⁸⁶⁸. Y dicho consentimiento, de nuevo, ¿podría derivarse del contexto?, o ¿debería ser expresado verbalmente?.

Desde luego, y precisamente porque el Derecho debe estar en consonancia con la realidad social, hubiera sido más acertado el “no es no” que el “sí es sí”. Pues en las prácticas sexuales consentidas, los sujetos que en ellas intervienen no acostumbran a estar solicitando el consentimiento a cada paso que dan, y tampoco a darlo, pues se sobreentiende, y exigirlo, va más allá de la intervención que el Derecho Penal puede hacer. Y, en contraposición, en las prácticas sexuales no consentidas, o bien la víctima dice ¡no!, y entonces el sujeto activo tendrá que vencer esa negativa, o no dice nada porque, por ejemplo, del ambiente creado por el autor o autores se ve incapaz, o porque se aprovecha de la concreta situación de la víctima que le impide formar una voluntad libre. Situaciones todas ellas que el Derecho penal ya protege.

⁸⁶⁷ “La necesidad de verbalizar el consentimiento en las relaciones íntimas resulta completamente ajena a nuestros usos y costumbres. Además, exigiría el absurdo de estar expresando la anuencia durante todo el encuentro sexual puesto que el silencio se interpreta como ausencia de consentimiento. Aparte de extravagante e ilógico, este planteamiento tampoco garantiza la ausencia de vicios de consentimiento expreso, pues nada impide que el mismo sea fruto de una intimidación o de un prevalimiento”, vid., ibidem, pp. 12 y 13.

⁸⁶⁸ Poniendo el ejemplo de que, en una relación de pareja estable, sería frecuente la no verbalización de un consentimiento que sí existe, vid., ibidem., p. 13.

Por consiguiente, no se solucionarían de forma adecuada los supuestos problemas a los que alude el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Y no solo eso, sino que podría llegar a generar otros nuevos. Todo ello sin olvidarnos que el Derecho Penal debe regirse por los principios de mínima intervención y ultima ratio⁸⁶⁹.

Uno de esos nuevos problemas subyacentes está en la inversión de la carga de la prueba que, además, no se ocultó en el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual⁸⁷⁰, preocupación que ya he dejado patente supra⁸⁷¹ y que, de nuevo, vulneraría principios inherentes a todo ordenamiento jurídico-penal, siendo, en este concreto supuesto, una vulneración flagrante de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad.

Como bien he dicho, la problemática en torno al consentimiento no es conceptual, sino probatoria, pero, desde luego, desplazar la carga de la prueba al acusado no puede

⁸⁶⁹ GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., se plantan, de forma muy interesante, “¿Qué motivo habría para castigar por el hecho de que el consentimiento no viciado por la conducta del acusado no se verbalizó? Es esencial limitar la intervención punitiva de manera que cada uno de nosotros sea hasta cierto punto responsable de resolver los conflictos que puedan surgir en su relación con los otros, sean de la naturaleza que sean”, vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., p. 13.

⁸⁷⁰ En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, se hace referencia a que la equiparación de los delitos de agresión y abuso sexual, “además de atenuar problemas probatorios, evita la revictimización o la victimización secundaria”, algo que, tras las críticas recibidas por el CGPJ y el Consejo Fiscal, desapareció de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Vid., Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, p. 11.

⁸⁷¹ “Tras la publicación de la sentencia llegamos a escuchar la propuesta de que la presunta víctima, es decir, la acusación, no tenga que probar el elemento del delito consistente en su ausencia de consentimiento, lo que nos colocaría a todos los ciudadanos, en el caso de ser acusados de un delito sexual, en la obligación de demostrar nuestra inocencia (probatio diabólica), en lugar de que se pruebe nuestra culpabilidad”, vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., pp. 13 y 14.

ser, de ninguna manera, la solución al problema⁸⁷². Y de las notas características del consentimiento –manifestación libre, actos exteriores, o voluntad expresa de participar en el acto–, parece que esa es la intención, pues si la víctima alega que no consintió, sería la defensa la que tendría que probar que la víctima manifestó, de forma inequívoca, mediante actos que así lo denoten, su voluntad expresa de participar en los actos sexuales⁸⁷³.

Algo que, de ser así, resultaría intolerable, pues la inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal, pugna expresamente con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y en los artículos 47⁸⁷⁴ y 48⁸⁷⁵ de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁷⁶.

⁸⁷² En este sentido, y a favor del cambio, GONZÁLEZ RUS, J.J., para quien “*justamente esa arquitectura legal e interpretativa es la que hay que cambiar por completo. A mi juicio, como propongo después, la cuestión es que la intervención penal no puede basarse ni expresa ni implícitamente en la prueba y en el debate sobre la resistencia de la mujer: a quién hay que poner en el centro de la escena criminal y judicial es al autor y no a la víctima*”, vid., GONZÁLEZ RUS, J.J. “La reforma de las agresiones sexuales”, op. cit., p. 5.

⁸⁷³ Alegando que, en ese caso, se estaría alterando de forma sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, p. 82.

⁸⁷⁴ Sobre el Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que, “*toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*”.

⁸⁷⁵ Sobre la presunción de inocencia y derechos de la defensa, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que, “*1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*”.

⁸⁷⁶ En el mismo sentido, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, p. 84.

Pero, además, precisamente, si se reorienta el régimen de valoración de la prueba, se estaría potenciando la victimización secundaria, algo que resulta paradójico, pues su evitación es uno de los principales objetivos que se pretenden conseguir con la reforma. Y ello, dado que el debate giraría sobre la existencia de los elementos que integran la definición y, como consecuencia, los interrogatorios se centrarían en el modo en que la víctima prestó o dejó de prestar el consentimiento sexual, o cómo suele prestar el consentimiento en sus relaciones sexuales, para integrar el alcance de las circunstancias concurrentes en el caso⁸⁷⁷.

En definitiva, no puedo sino concluir que las eventuales dificultades procesales para acreditar la ausencia de consentimiento de la víctima no justifican la incorporación de una definición normativa que traslade, precisamente, la solución del problema a la tipicidad de la conducta.

Además, debe reflexionarse si, detrás del planteamiento de “solo sí es sí”, como bien ha expuesto algún autor, se detecta la llegada de una nueva moral sexual, que rechaza la práctica de ciertos actos sexuales y actitudes ante el sexo, y en donde no se protegería la libertad e indemnidad sexual, sino una manera de entender la sexualidad. Introduciendo, de esta forma, en el debate, cuestiones que deberían quedarse ajenas al plano legal, en donde lo único relevante es que medie el libre consentimiento de los intervinientes⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ En el mismo sentido, vid., *Ibidem.*, p. 83.

⁸⁷⁸ Vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, *op. cit.*, p. 13.

2.3.El tipo atenuado de agresión sexual. El artículo 178.3 del Código Penal

El nuevo apartado tercero del artículo 178 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual recoge un tipo atenuado, cuya finalidad parece ser paliar la subsunción de casos de menor entidad, como integradores del tipo base de agresión sexual.

Los únicos requisitos que establece son, que no concurren las circunstancias agravantes del artículo 180, y que, el órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, atiende a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. La pena, si se dieran dichas circunstancias, podrá ser de prisión en su mitad inferior, o de multa de dieciocho a veinticuatro meses⁸⁷⁹.

La concepción de este tipo privilegiado, ha variado respecto del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en donde se hacía referencia únicamente a la menor entidad del hecho, y se proponía la imposición de la pena inferior en grado, en vez de, como ha resultado finalmente, pena en su mitad inferior⁸⁸⁰.

Sea como fuere, si el legislador se empeña en hacer desaparecer los delitos de abuso y equiparlos con la agresión sexual, se valora de forma positiva la creación de un

⁸⁷⁹ “El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, artículo 178.3 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁸⁰ “El Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”, artículo 178.3 del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

tipo atenuado que permita, en cierta manera, graduar la gravedad de los comportamientos en virtud de su mayor o menor entidad.

Ahora bien, con lo que no puedo estar de acuerdo es con el mantenimiento de la pena de multa en los delitos sexuales, que, bajo mi punto de vista, no refleja de forma adecuada la gravedad de los comportamientos integrantes de la conducta típica. La imposición de un castigo pecuniario a alguien que vulnera un bien jurídico tan relevante para la víctima, como es su propia sexualidad, no parece ni adecuado, ni coherente, con una reforma que, precisamente, pretende inculcar en la sociedad que todo ataque contra la libertad sexual resulta intolerable.

Máxime, cuando ya se prevé la imposición de la pena en su mitad inferior, haciendo que el concreto marco penal de este tipo atenuado fuese de uno a dos años, seis meses, menos un día de prisión, habilitando, en aquellos casos que cumplan las exigencias del artículo 80 del Código Penal, la suspensión de la pena privativa de libertad.

Hubiera sido más adecuado, entonces, que, al eliminar el tipo de abuso sexual, se reformulase también la penalidad aparejada al mismo, en vez de, como ha sucedido en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, se trasladase la posibilidad de imponer la pena de multa, al nuevo tipo atenuado del artículo 178.3.

Principalmente porque, si nos centramos en los supuestos concretos que podrían cumplir con los requisitos expuestos para ser considerados de menor entidad, parece que la mayor parte de conductas típicas que en la actualidad integran el tipo base de abuso

sexual quedarían subsumidas en este tipo atenuado, y, de igual forma, lo lógico sería que se excluyeran las integrantes del delito de agresión sexual.

Me explico. Si nos fijamos en las conductas típicas del artículo 178.2 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual⁸⁸¹, en el caso concreto, sería improbable que el órgano sentenciador pudiera entender la menor entidad del hecho si en el mismo concurre violencia o intimidación, mientras que, el resto de circunstancias típicas, como, por ejemplo, prevalerse de una situación de superioridad respecto de la víctima, si podrían, si así se desprende del comportamiento delictivo, poseer una menor reprochabilidad penal⁸⁸².

Podríamos deducir, entonces, que el problema no está en admitir que ciertas conductas vulneradoras de la libertad e indemnidad sexual tengan una menor reprochabilidad penal, sino en denominar a dichas conductas abuso sexual⁸⁸³. De hecho, si comparamos la pena que podría imponerse en función de este precepto, vemos que, en la actualidad, la pena prevista en el artículo 181.1 del Código Penal es de uno a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses y, si nos fijamos en el cálculo de la pena en su mitad inferior efectuado supra, ésta sería de uno a dos años y medio menos un día de prisión, quedando el límite máximo por debajo del actual.

⁸⁸¹ Esto es, violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

⁸⁸² Si bien, deberemos estar, de aprobarse la reforma, a la construcción jurisprudencial que del concepto de menor entidad se haga.

⁸⁸³ Al respecto, se ha llegado a afirmar que la unificación terminológica en el concepto de agresiones sexuales, contribuiría a evitar o reducir la victimización secundaria al eliminar la referencia a los abusos sexuales, vid., Informe del Consejo Fiscal, p. 65.

Y, en este sentido, debemos hacer una reflexión. Pues, si nos fijamos en cómo la sociedad concibe los atentados contra la libertad e indemnidad sexual, vemos una cierta tendencia a percibir de forma negativa el delito de abuso sexual. Es decir, cuando salta a la palestra un caso mediático en el que se ha atentado contra la libertad sexual de una persona parece que, inmediatamente, se debe condenar al culpable como reo de agresión sexual y se descarta, completamente, la idea de que pudiera ser constitutivo de un delito de abuso sexual. Como si por condenarle como culpable de dicho ilícito, estuviéramos favoreciendo al agresor y restando mérito a la víctima, que debería haberse resistido más para que, en vez de abuso sexual, fuese agresión⁸⁸⁴.

En este sentido, el delito de abuso sexual es visto colectivamente como un atentado contra la libertad e indemnidad sexual de menor entidad que provoca un rechazo automático⁸⁸⁵. Probablemente, como consecuencia de la esfera tan íntima y personal contra la que atenta este tipo de delitos, como es la propia sexualidad.

Y este problema, tampoco se evitaría con el modelo propuesto, pues, aunque eliminemos el vocablo abuso, seguiría habiendo comportamientos calificados como de menor entidad. Concepto legal que, desde luego, debe mantenerse, pues como he venido argumentando, resulta necesario para respetar el principio de proporcionalidad penal, pero que, en suma, sería visto, con toda seguridad, de forma negativa por la sociedad. Como puede verse, la cuestión es compleja.

⁸⁸⁴ Algo que, desde luego, pugna con la concepción real de los delitos de agresión y abuso sexual, pues casos en los que la víctima no se ha resistido en absoluto han sido calificados como agresiones sexuales. Pero que, con toda probabilidad, el fallo de instancia del caso de “La Manada”, y su repercusión mediática, haya aumentado exponencialmente.

⁸⁸⁵ Y que, la posibilidad de imponer al autor de un abuso sexual de una pena de multa tampoco favorece a que cambie la concepción que del delito de abuso sexual se tiene.

Lo expuesto se enlaza con el significado que socialmente se le da al vocablo violación, que no se ve correspondido con el modelo legal: colectivamente, se considera que cualquier acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, es violación, independientemente de si dicha conducta típica integra el delito de agresión o de abuso sexual. Sin embargo, legalmente, solo reciben dicha denominación los comportamientos que derivan de la concurrencia del delito de agresión sexual. Algo que, seguramente, retroalimenta el concepto negativo del delito de abuso sexual⁸⁸⁶.

Y ahí parece estar el principal problema, en la nomenclatura que emplea el Código Penal y que no concuerda con las expresiones sociales, provocando que miles de mujeres salgan a la calle al unísono de “no es abuso, es violación”, como si el delito de abuso sexual no contemplara el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros u objetos por las dos primeras vías.

Esta tendencia que he venido observando desde hace algún tiempo, es sumamente intranquilizadora, y ha venido siendo alimentada por la opinión pública y por ciertos movimientos sociales a los que les favorece que la sociedad no entienda cuál es la diferencia real y jurídica entre un delito de agresión y uno de abuso sexual.

⁸⁸⁶ En este punto, resulta muy interesante el estudio efectuado por GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., quienes afirman que hay algunas víctimas que no desean ser denominadas como “agredidas” o “violadas”, vid., GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, op. cit., pp. 11 y 12.

Si el descontento social, entonces, tiene su base, por un lado, en la percepción negativa del delito de abuso sexual, y, por otro, en el significado popular de la palabra violación, provocando que la sociedad no vea identificada dicha concepción con el modelo legal, la solución al problema podría ser tan sencilla como incluir, precisamente, el vocablo violación en el artículo 181.4 del Código Penal, para aquellos supuestos típicos en los que, habiendo abuso, se produce acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros u objetos por las dos primeras vías. Idea que expondré con más profundidad en el apartado dedicado a la proposición de *lege ferenda*.

Sin embargo, aunque es cierto que el legislador no puede desconocer u obviar los usos y costumbres sociales, una ley penal racional y garantista, no puede ni debe diseñar las categorías delictivas, ni la gravedad de su castigo sobre la base de estas realidades, sino que debe ordenarse sobre el respeto a los principios reguladores de todo ordenamiento jurídico penal riguroso. En concreto, el principio de legalidad, de proporcionalidad, de mínima intervención y última ratio o de culpabilidad.

2.4.El tipo agravado de violación. El artículo 179 del Código Penal

Como no podía ser de otro modo, vista la equiparación típica efectuada en el artículo 178 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, el proyectado artículo 179, en idénticos términos que el Anteproyecto, castiga como violación toda agresión sexual que consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, a la pena de prisión de cuatro a doce años⁸⁸⁷.

El rango penológico definido en este nuevo artículo 179 del Código Penal es prácticamente idéntico a las penas ya contempladas en el Código Penal Actual. Pues del análisis comparativo, se desprende que el artículo 179 del Código Penal, prevé para las agresiones sexuales, una pena de prisión de seis a doce años, y, por su parte, para los abusos sexuales, el artículo 181.4 del Código Penal, recoge una pena de prisión de cuatro a diez años⁸⁸⁸.

Por lo que, nuevamente, y como consecuencia de lo expuesto supra, el problema no está en la graduación de la reprochabilidad de los concretos comportamientos que deban ser enjuiciados que, probablemente, serían merecedores de idéntico castigo, en el sentido de que lo lógico sería que, en el caso concreto, las violaciones en las que medien violencia o intimidación sean aquellas que reciban penas más altas.

⁸⁸⁷ “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años”, artículo 179 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁸⁸ Análisis del que, de nuevo, podemos ver cómo las penas se solapan.

Sino en que, la cuestión, está centrada en que, todo comportamiento que consista en acceso carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, sea considerado como un delito de violación, con independencia de la mayor o menor gravedad de los concretos actos que el sujeto activo haya llevado a cabo para conseguirlo.

Poco cabe decir, entonces, respecto a la tipicidad de las conductas aquí descritas, que no haya argumentado o dicho ya.

2.5.Las circunstancias agravantes. El artículo 180 del Código Penal

Por su parte, el artículo 180 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual prevé una serie de circunstancias específicas que, aunque no suponen una novedad en sí mismas, pues ya se encuentran en su mayoría recogidas en nuestra regulación actual, sí entrañan un incremento considerable de las penas correspondientes a los delitos sexuales, pues podrán aplicarse nuevas circunstancias agravantes al delito de abuso sexual.

Y es que, en la actualidad, en los abusos sexuales sólo pueden concurrir las circunstancias tercera y cuarta, esto es, cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia análoga, o cuando, para la ejecución del delito, el agresor se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Pues bien, el artículo 180 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, dispone que, la pena a imponer variará dependiendo de si las circunstancias concurren respecto del tipo base del artículo 178.1, o respecto del delito de violación del artículo 179. Las penas previstas, entonces, será de prisión de dos a ocho años si concurren respecto del primero, y de siete a ocho años si convergen respecto del segundo⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ “Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para

En comparación con el modelo actual, no supone un gran cambio, pues las penas actuales de este tipo agravado oscilan entre los cinco y quince años para el delito de agresión sexual, dependiendo de si concurre el tipo del artículo 178 o 179 del Código Penal; y de dos años y un día a 3 años de prisión, y de siete años y un día a 10 años de prisión para el delito de abuso sexual, dependiendo, asimismo, de si concurre el artículo 181.1 o el 181.4 del Código Penal. Lo que sí está claro es que el legislador parece seguir empeñado en que el delito de homicidio, y el tipo más grave de violación, compartan límite máximo, esto es, quince años de prisión.

Antes de entrar a valorar las concretas circunstancias, debe decirse que, la aplicación de este artículo agravado, quedará excluida cuando ya se haya aplicado el tipo atenuado del artículo 178.3, o cuando hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos típicos del delito de agresión y de violación. Algo que debe valorarse de forma positiva.

Pues bien, las circunstancias que integran el tipo agravado del artículo 180 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, son las siguientes:

“1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179”, artículo 180.1 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

6.^a Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”⁸⁹⁰

Así, la primera de las circunstancias, que no varía respecto de la regulación actual en cuanto al contenido típico, pero sí en cuanto al orden⁸⁹¹, es la de que los hechos hayan sido cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas. Dado que su tipicidad no ha variado, me remito a lo dicho al respecto en el Capítulo III sobre la regulación actual, y a la argumentación dada por el Tribunal Supremo para apreciarla en el caso de “La Manada”.

Ahora bien, esta circunstancia, que no ha sido, como he dicho, modificada por la pretendida reforma, seguirá arrastrando los problemas interpretativos de los que ya adolece en la actualidad, sobre todo respecto a la potencial calificación de la participación de los sujetos intervinientes, y al encuadre dentro de las normas del concurso real, o del delito continuado⁸⁹².

⁸⁹⁰ Artículo 180.1 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁹¹ En el actual artículo 180.1 del Código Penal, cometer el hecho conjuntamente por dos o más personas es la circunstancia 2^a, mientras que, en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, y probablemente inspirado por el caso de “La Manada”, está ubicada en primer lugar.

⁸⁹² Vid., SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, en Diario la Ley, nº 9899, Sección Tribunal, 2021, *passim*.

Dicha problemática encuentra su base en que, aunque la violación grupal puede ser definida como aquella en la cual varios sujetos agreden sexualmente a otra persona, la participación que cada sujeto tenga en los concretos actos sexuales, y la penalidad que se le ha dado a cada una de ellas, puede variar, sobre todo, debido al encuadre que se sigue haciendo del ilícito como delito de propia mano⁸⁹³. A modo de ejemplo, puede ser que los agresores se vayan intercambiando los papeles en la acción típica, accediendo todos ellos carnalmente a la víctima, o puede ser que uno o varios consumen la acción típica, mientras otro, por ejemplo, la sujeta, facilitando, entonces, el comportamiento ilícito de los otros participantes.

En este sentido, dos han sido los criterios fundamentales que se han venido siguiendo. En el primero, se ha reservado el concepto de autor para aquel que lleva a cabo el acceso carnal sobre el sujeto pasivo, mientras que las restantes aportaciones de los sujetos que, están presentes y colaborando en la conducta típica, no llegan a realizarla, han sido calificadas como de cooperación necesaria cuando éstas facilitaban o contribuían a la violencia o intimidación ejercidas para llevar a cabo dicho acceso carnal.

De esta forma, se imposibilitaba englobar en un único delito, sea continuado o no, todas las acciones heterogéneas de autoría material y de cooperación eficaz y necesaria al acceso de carnal, pero tampoco los diferentes accesos carnales cometidos por los distintos sujetos activos. Y ello, aunque éstos se hubieran llevado a cabo sobre el mismo sujeto pasivo, en el mismo tipo y lugar, o con intercambio sucesivo de papeles. La

⁸⁹³ Vid., MONGE FERNÁNDEZ, A., “¿Las agresiones sexuales cualificadas como un delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247?”, en Revista de Derecho y Ciencias Penales, núm. 13, 2009, *passim*.

solución, entonces, era aplicar un concurso real, sumando las penas de todos los delitos concurrentes, de todos los sujetos que han participado en el hecho delictivo⁸⁹⁴.

El problema no está en dicha calificación, sino en compatibilizar dicha solución con la agravante específica de actuación conjunta de dos o más personas, en el sentido de que, de aplicar ambas, podría vulnerarse el principio *non bis in idem*. Como un intento de solución, se distinguen entre dos situaciones típicas a las que se les da una respuesta diferente: por un lado, en aquella violación grupal en la que participan dos personas, uno a título de autor, y otro a como cooperador necesario, la agravante será de aplicación únicamente al autor; y, por otro, en aquellos casos en los que participan más de dos personas como coautores, se aplicará la agravante a todos los intervinientes⁸⁹⁵

En segundo término, también se han interpretado las situaciones descritas como delito continuado, para lo cual, la participación de los sujetos que en ellas intervienen deben de ser calificadas como de coautoría. Esta interpretación ha sido aplicada en aquellos casos en los que se cumplen con los dos elementos objetivos exigidos, esto es, uso de violencia o intimidación, y el acceso carnal, ya sea vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros u objetos por las dos primeras vías; y siempre y cuando los sujetos, con independencia de cuál de esos dos elementos objetivos hayan ejecutado, se hayan ejercido de forma previa o simultáneamente concertada, sobre el mismo sujeto pasivo y en el curso de un mismo espacio temporal. En ese caso, la calificación jurídica será como un delito continuado de violación agravado por la actuación conjunta de dos o más personas⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ Vid., SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, op. cit. pp. 2 y 3.

⁸⁹⁵ Vid., ibidem, pp. 3 y 4.

⁸⁹⁶ Vid., ibidem, pp. 4 y 5.

Pues bien, dada la disparidad de criterios expuestos, y aun cuando se ha manifestado que, dada la pretendida revisión en torno a los delitos de agresión y abuso sexual, se podía haber abordado de forma más profunda la cuestión⁸⁹⁷, considero que, si interpretan de forma adecuada los preceptos ya existentes respecto de la participación delictiva, así como las normas previstas para la calificación como concurso real o delito continuado, al igual que ya se hace en otros delitos, desaparecía, a priori, la problemática al respecto.

Volviendo a la modificación que el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual pretende introducir en el artículo 180.1 del Código Penal, la segunda circunstancia contemplada, que actualmente hace referencia a que la violencia o intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, si ha sufrido ciertos cambios que debemos analizar, ya que ha sido reformulada para hacer referencia a que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad, o que los actos posean un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Más allá de lo dicho respecto de la equiparación de esta circunstancia agravante con aquellos supuestos en los que el autor anula la voluntad de la víctima mediante drogas, fármacos o cualquier otra sustancia natural o química de efectos análogos, debe entenderse, entonces, que lo que exige el legislador, ya no es que la propia violencia o intimidación posean un carácter degradante o vejatorio, pues, de hecho, se ha suprimido

⁸⁹⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J., propone, en este sentido, la creación de un tipo delictivo específico sobre la violación grupal que despeje, de una vez por todas, la calificación jurídica respecto de la participación de los sujetos intervinientes en las violaciones grupales. Como solución, propone que, a la descripción de la agravante ya regulada, esto es, “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”, se añada “participen o no todas en cualquiera de los actos de acometimiento sexual, siempre que contribuyan de forma relevante a su ejecución”, vid., ibidem, p. 6.

la referencia expresa a la intimidación en el precepto penal, sino que deben ser los concretos actos ejecutados por el sujeto activo los que sean degradantes o vejatorios.

Y, aunque resulta positivo en cuanto a la coherencia legislativa, pues, al equiparar la totalidad de las posibles conductas típicas en un único precepto bajo la denominación de agresión sexual, no puede hacer referencia exclusiva a la violencia o intimidación, el problema podría estar, como consecuencia de la fórmula empleada, parcialmente abierta, en qué actos podrían llegar a quedar incluidos como especialmente degradantes o vejatorios. Y, por supuesto, si la intimidación también sería susceptible de integrar el tipo penal. Algo a lo que, de aprobarse finalmente el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, deberíamos estar a la interpretación jurisprudencial que finalmente se haga del precepto.

En mi opinión, aunque resulta adecuado que se extienda el carácter degradante o vejatorio a los actos en sentido genérico, pues, como he dicho, no sólo es coherente con la equiparación típica, sino que se incluyen situaciones que, desde luego, son merecedoras del calificativo de degradante o vejatorio, hubiera sido más acertado mantener la referencia expresa a la intimidación para evitar que, de una interpretación restrictiva, la misma quede excluida. Por ejemplo, añadiendo que será de aplicación *“cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia o intimidación de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*.

Y ello, dado que la intimidación también puede poseer el calificativo de extrema. Pues, por ejemplo, no es lo mismo amenazar al sujeto pasivo con que, de no acceder a los

propósitos del autor, se le va a causar un daño físico, que, exhibiendo un arma blanca, se le diga lo mismo y, durante el acceso vaginal, se mantenga dicha arma pegada al cuello de la víctima, para reafirmar el propósito del autor de, que, si se niega a participar en los actos o se resiste, se le causará ese daño físico. Desde luego que, a mi parecer, éste último supuesto sería merecedor del calificativo de intimidación extrema. Y como tal, debería quedar recogido en la ley en los términos expuestos supra.

Respecto de la concreta fórmula empleada para referirse a la violencia extrema como circunstancia agravante, ya sea de forma anterior a perpetración del ilícito – “precedida” –, o durante su consumación – “acompañada” –, cabe entender, de una primera interpretación, que quedan incluidos aquellos supuestos en los que el agresor emplee una violencia extrema para vencer el consentimiento de la víctima y que, una vez lo consigue, cesa en su uso, para proceder a agredirla sexualmente. Algo que, a priori, debe recibirse de forma positiva.

Ahora bien, puede darse algún problema interpretativo al respecto, tanto sobre cuál será la exigencia del tiempo concreto que deba pasar entre que se emplea la violencia típica y se consuma la posterior agresión sexual, como sobre el concepto de gravedad extrema. Al igual que con la anterior objeción efectuada sobre esta circunstancia, deberemos estar a la interpretación jurisprudencial que, de aprobarse el Proyecto, se realice al respecto por los órganos juzgadores.

La circunstancia tercera queda redactada de idéntica forma a la actual, y hace referencia a que los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier

otra circunstancia⁸⁹⁸ a excepción de que, en vez de hacer referencia al artículo 183 del Código Penal⁸⁹⁹ lo hace respecto del 181, que sería, con la reforma, el nuevo tipo penal respecto de sujetos menores de dieciséis años.

En cuarto lugar, y con una perspectiva de género justificada, nuevamente, en el Convenio de Estambul, se prevé como circunstancia agravante el hecho de que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, introduciendo en los delitos sexuales la fórmula empleada por la *Ley Integral*.

Al respecto, aunque se esté a favor de incorporarla, debe hacerse varias matizaciones. Primero, que, de nuevo, el Convenio de Estambul no exige, ni expresa ni figuradamente, la incorporación de una perspectiva de género en los delitos sexuales. El artículo 46 a) del Convenio de Estambul a lo que hace referencia es a que el delito haya sido cometido contra un cónyuge o pareja de hecho en sentido amplio⁹⁰⁰.

La perspectiva de género estaría amparada, entonces, no en el Convenio de Estambul, sino en el criterio adoptado por la *Ley Integral* que supondría, al igual que dicha Ley, dar un paso más allá contra la violencia de género de forma pionera en Europa,

⁸⁹⁸ Artículo 181 3ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁸⁹⁹ En relación con los abusos sexuales a menores de dieciséis años.

⁹⁰⁰ El artículo 46 del Convenio de Estambul, respecto de las circunstancias agravantes, establece lo siguiente: “*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad*”.

incorporando dicha perspectiva, que pretende, al igual que la agravante genérica de género del artículo 22.8 del Código Penal, y la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, consolidar el plus de culpabilidad del autor cuando el conducta típica se produce en el ámbito de la relación de pareja, en donde se produce una relación estructural de dominación⁹⁰¹.

Dicho eso, y al haber mencionado los artículos 22.8 y 23 del Código Penal, aunque podemos afirmar que la situación descrita representa un incremento del desvalor de la acción, debemos recordar que en nuestro Código Penal ya existen esas dos agravantes genéricas que comprenden los dichos supuestos y que han sido aplicadas por la jurisprudencia en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual⁹⁰².

El problema estaría en la exclusión del resto de sujetos pasivos de los delitos sexuales que, sin ser mujer, ni estar comprendidos en la fórmula de ser o haber sido esposa, o tener o haber tenido una análoga relación de afectividad con el autor, puedan ser cónyuges o parejas de hecho, o tener dicha relación de análoga afectividad. Esto son, las relaciones heterosexuales en las que el sujeto activo sea mujer, pero, sobre todo, aquellas relaciones homosexuales entre dos hombres o dos mujeres. Para ellos, al igual que sucede en los delitos agravados por la Ley Integral, sería de aplicación la agravante de prevalerse de una situación de convivencia⁹⁰³.

⁹⁰¹ En el mismo sentido, vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, p. 86.

⁹⁰² La SSTJ de la Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2018, aplicó la agravante prevista en el artículo 22.8 del Código Penal respecto del artículo 179 del Código Penal, en concurso medial con un delito de lesiones.

⁹⁰³ Al respecto, el Consejo Fiscal, en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, proponía suprimir esta circunstancia y reconducirlo en lo dispuesto en la circunstancia quinta, que vamos a ver a continuación, o bien que ésta se vea ampliada a todos los supuestos de parentesco de dicha circunstancia quinta. Vid., Informe del Consejo Fiscal sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, p. 70.

Desde luego, que, aunque debe reflexionarse sobre la adecuación de incluir una perspectiva de género en los delitos sexuales, pues dicha violencia estructural también se encuentra presente en nuestro objeto de estudio⁹⁰⁴, también pueden aplicarse las agravantes genéricas recogidas en los artículos 22.8 y 23 del Código Penal.

A continuación, las circunstancias quinta y sexta hacen referencia a las actuales cuarta y quinta del artículo 180 del Código Penal, que ya eran de aplicación conjunta para los delitos de agresión y abuso sexual. Esto es, que, para la ejecución del delito, el agresor se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima⁹⁰⁵, o que hiciera uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis⁹⁰⁶. Dado que no han cambiado su construcción típica me refiero a lo dicho sobre las mismas en el Capítulo III, dedicado a la regulación actual.

Sin embargo, sobre la circunstancia quinta se ha objetado que mantenga el requisito de que el sujeto activo deba prevalerse de la situación de convivencia o de superioridad o de parentesco, y que, en la nueva circunstancia cuarta en donde se pretende introducir la perspectiva de género, baste simplemente con que se dé la descripción típica,

⁹⁰⁴ A favor de introducir una agravante de género en los delitos sexuales, vid., FARALDO CABANA, P. “La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima”, en Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero, Un Derecho Penal humanista. Volumen II, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 1369-1391.

⁹⁰⁵ Artículo 181 5ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁹⁰⁶ Artículo 181 6ª del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

sin exigirse que el sujeto activo deba prevalerse de que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad⁹⁰⁷.

Por su parte, la última circunstancia agravante, hace referencia a que el autor de los hechos ha anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas, o cualquier otra sustancia natural o química a tal efecto. Sobre la cual ya hemos hablado, y que es considerada en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual como una circunstancia agravante en vez de, como en el modelo actual, una forma de comisión de los abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare del artículo 181.2 del Código Penal.

Al respecto, solo puedo decir que hubiera sido preferible que el legislador, al igual que ha hecho con la privación de sentido o situación mental, hubiera trasladado dicha circunstancia a la conducta típica del delito base de agresión sexual.

Pues, bajo mi punto de vista, carece de sentido, y puede llegar a tener importantes problemas interpretativos, que en el artículo 178.2 se haga referencia a que la víctima *“tenga anulada por cualquier causa su voluntad”*⁹⁰⁸. Entiendo, que el legislador hace referencia a aquellas víctimas que ya se encuentran en dicha situación con anterioridad a los hechos típicos, pero, desde luego, que también puede interpretarse, en sentido amplio, que quedan incluidos aquellos casos en los que es el agresor quien anula la voluntad del sujeto pasivo. Y, de ser así, la mayoría de las veces, la voluntad se anula por el autor mediante fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química. Por lo que, si se ha

⁹⁰⁷ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, p. 71.

⁹⁰⁸ Artículo 178.2 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

anulado la voluntad mediante esos medios, y ya ha sido tenido en cuenta para formar el tipo base, no podría aplicarse como circunstancia agravante, quedando relegada a un supuesto agravado meramente simbólico.

Por ello, o bien se especifica la conducta típica integradora del tipo base de agresión sexual y que la diferencia de esta circunstancia agravante, o bien ambos supuestos típicos deberían pasar a formar parte de la conducta típica.

Nada ha cambiado respecto del apartado segundo del artículo 181, que queda redactado de idéntica forma al actual, recogiendo que, sin concurren dos o más de las circunstancias descritas, las penas serán aplicadas en su mitad superior⁹⁰⁹.

Lo que si resulta una novedad es la introducción de un tercer apartado en donde se recoge expresamente que, en cualquiera de los casos previstos, si el autor se hubiera prevalido para llevar a cabo el delito de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público⁹¹⁰, a la pena que en su caso hubiera que imponerle, se le añadirá la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Algo que, desde luego, resulta muy conveniente y que nos acerca a otros países europeos como, por ejemplo, Italia.

⁹⁰⁹ Artículo 181.2 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

⁹¹⁰ Artículo 181.3 del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

3. ¿Verdaderamente era necesaria una reforma? Propuesta *de lege ferenda*

Aun cuando no puedo sino concluir que la actual concepción de los delitos de agresión y abuso sexual, protegen de manera adecuada la libertad e indemnidad sexual, lo cierto es que sí existen ciertos problemas inherentes a los mismos.

Desde la promulgación del Código Penal de 1995, la sociedad ha ido evolucionando en la concepción de la propia sexualidad hasta límites que el legislador no podría haber llegado a contemplar. Pero no sólo ha cambiado cómo vivimos y experimentamos la sexualidad, sino que se ha creado una conciencia colectiva de rechazo total a la comisión de este tipo de delitos. Ello, junto con el hecho de que la sociedad no comprende adecuadamente el contenido de las conductas prohibidas, ni su indudable gravedad, sobre todo, respecto del delito de abuso sexual, ha provocado que se reclame un cambio en la materia.

La ley penal debe ser clara y comprensible para todo ciudadano y es la labor del legislador cumplir con ello. Sin embargo, aunque ciertos cambios pueden ser valorados de forma positiva, la redacción presentada en el Proyecto de Reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, adolece de defectos tales que vulneraría principios inherentes a nuestro ordenamiento penal y constitucional y, ni siquiera, solucionaría los problemas existentes.

Como ya se ha expuesto, una posible solución al problema podría ser que la totalidad de las conductas típicas que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras

vías sean denominadas violación, con independencia de si integran el tipo de agresión o abuso sexual, pues es esa, precisamente, la concepción y uso social que se tiene y se emplea de la palabra violación.

Ahora bien, de hacerse, para no caer en los mismos errores que el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, se debería diferenciar entre el tipo de violación integrante del delito de agresión sexual, del tipo de violación de los abusos sexuales. Por ejemplo, añadiendo en el apartado cuarto del artículo 181 del Código Penal que, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación.

De esta forma, se mantendría la distinción típica entre agresiones y abusos sexuales, que seguirían estando diferenciados por los medios comisivos, pero haciendo, extensivo, el término violación a los abusos sexuales.

Debe recordarse aquí, que algo similar ya sucedió con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que volvió a introducir el término violación para referirse a la conducta típica del artículo 179 del Código Penal, y que había desaparecido en el Código Penal de 1995.

Y, aunque, si bien es cierto, que se reintrodujo respecto de conductas típicas que ya comprendía el delito de violación de los Códigos Penales anteriores a 1995, los abusos deshonestos también estaban equiparados al mismo.

Igualmente, en este modelo, se propondría que se eliminara la pena de multa de dieciocho o veinticuatro meses del apartado primero del artículo 181 del Código Penal que, desde luego, no refleja la gravedad de la conducta integrante del delito de abuso sexual; así como el delito del artículo 182 del Código Penal, por resultar actualmente anacrónico.

Dicho eso, y dado que, probablemente, aun así, el concepto de abuso sexual seguiría sin transmitir de forma adecuada la reprochabilidad penal que todo comportamiento sexual impuesto a otra persona en contra de su voluntad merece, y sobre todo, si se sigue adelante con la pretendida reforma, se propone otra alternativa al contenido del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual en la que se reformarían los Capítulos I y II del Título VIII del Libro II del Código Penal.

Con la propuesta, se aspira a visibilizar la gravedad intrínseca y extrínseca de las conductas típicas integrantes de la libertad sexual, pero, como voy a exponer a continuación, graduando adecuadamente los diferentes comportamientos punibles, respetando, así, el principio de proporcionalidad penal.

En definitiva, al igual que en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, se seguiría eliminado el concepto de abuso sexual, y equiparando las conductas típicas del delito de agresión sexual, que pasarían a estar basadas en el consentimiento y no en los medios comisivos, pero, desde una perspectiva nueva.

Se propone, entonces, que todos los atentados de carácter sexual contra otra persona sean denominados agresiones, como figura básica del tipo penal, y como violación el

acceso carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. En este sentido, se reformaría el Capítulo I del Título VIII del Libro II del Código Penal, cuyo título podría ser, *“De la violación y otras agresiones sexuales”*.

Como parte de la conducta típica del tipo base, se haría referencia expresa a que todo comportamiento de carácter sexual que se realice sin el consentimiento de la persona agredida será considerado agresión sexual, pero sin introducir una definición expresa de qué debe ser el consentimiento, pues, además de innecesario, ha quedado demostrado lo problemático que dicho extremo podría llegar a ser.

En consecuencia, la redacción del tipo base de agresión sexual, que quedaría recogido en el artículo 178.1 del Código Penal, podría ser la siguiente:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento será castigado, por agresión sexual, con la pena de prisión de uno a tres años”.

Para proceder a una correcta equiparación de las conductas típicas, y no dejar en el tipo una fórmula tan abierta que vulneraría el principio de legalidad y taxatividad penal, se añadiría un segundo apartado al artículo 178.1 del Código Penal que recoja aquellos supuestos que, en todo caso, serían considerados agresión sexual, incluidos los que se lleven a cabo mediante abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, los que se ejecuten cuando la víctima se halle privada de sentido o abusando de su trastorno mental, y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad mediante fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

La redacción de ese segundo párrafo podría ser la que sigue:

“Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

La inclusión de la modalidad comisiva por la que la víctima tenga anulada su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural química idónea a tal efecto, responde al reclamo que se ha venido haciendo de una mejor valoración penológica en este sentido, que responda a la realidad actual.

Y con la que, desde luego, estoy de acuerdo. Si bien, su equiparación típica, y la diferenciación de la modalidad comisiva cuando no sea la víctima la que se haya colocado en esa situación, sino que el sujeto activo sea el que le ha suministrado fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, quedan en este modelo correctamente recogidas en cuanto a su gravedad objetiva en comparación a la violencia e intimidación, tal y como se va a exponer a continuación.

Ya que, una vez efectuada la pretendida equiparación típica, y como exigencia indudable del principio de proporcionalidad, tal y como se ha venido defendiendo, no sólo se distinguiría entre la agresión que conformaría la conducta básica y del delito de violación, sino que también se cualificarían las conductas típicas en las que el autor emplee violencia o intimidación para vencer el consentimiento de la víctima ya que, desde luego, son injustos merecedores de un plus de reprochabilidad.

Para ello, propongo la creación de un apartado en el artículo 178.2 del Código Penal, cuya redacción sería la siguiente:

“La pena será de prisión de tres a cinco años si la agresión sexual se cometiere empleando violencia o intimidación”.

Y, al igual que se propone un apartado que prevea una agravación expresa para las conductas que lleven aparejadas violencia o intimidación, se debería incluir un tipo que, valorando las concretas circunstancias del caso, cuando éste sea de menor entidad, habilite la imposición de la pena inferior en grado, y siempre y cuando no concurriesen las circunstancias agravantes del artículo 180 del Código Penal. Así, el artículo 178.3 del Código Penal quedaría redactado de la siguiente manera:

“En atención a la menor gravedad del hecho, y valorando todas las circunstancias concurrentes, siempre y cuando no concurren las circunstancias previstas en el artículo 180, podrá imponerse la pena inferior en grado”.

Como ha podido observarse, la redacción de las diferentes conductas típicas lleva aparejado un necesario ajuste de las penas previstas, cuyo fin es que sean un reflejo claro de su específica gravedad. En consecuencia, se propone elevar a tres años el límite mínimo del tipo base de agresión sexual, que en la actualidad estaba fijado en un año, y se suprime la pena alternativa de multa de dieciocho a veinticuatro meses del tipo base de abusos sexuales. Con ello, se pretende visibilizar de una mejor forma la dimensión del reproche social que merecen estas conductas imponiendo a cualquier atentando contra la libertad e indemnidad sexual una pena de prisión.

Por su parte, el artículo 179 del Código Penal recogería el tipo de violación que, al igual que en la actualidad, incluiría el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o

introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Lo relevante, entonces, para cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, sería otorgarles diferente penalidad a las conductas típicas propuestas. Es decir, diferenciar entre la violación cuya base sea las agresiones sexuales previstas en el artículo 178.1 respecto de las contenidas en el artículo 178.2 del Código Penal.

En consecuencia, el artículo 179 del Código Penal podría quedar redactado de la siguiente manera:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se castigará como violación, con la pena de prisión de cuatro a diez años en el caso del apartado primero del artículo anterior, y de prisión de seis a doce años en el supuesto de su apartado segundo”.

Así, existiría una correspondencia con las penas actuales previstas para el delito de agresión y para el de abuso sexual, cuando la conducta típica consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Pues el actual artículo 179 del Código Penal prevé una pena de prisión de seis a doce años, y el artículo 181.4 del Código Penal, de cuatro a diez años. En consecuencia, y también cumpliendo con las exigencias del principio de proporcionalidad, se reserva la posibilidad de imponer las penas de prisión de doce a quince años a los casos realmente más graves y extremos.

Por su parte, se mantendría el artículo 180 del Código Penal, en cuanto tipo que recoge la agravación de las conductas cuando concurren una serie de circunstancias que

suponen un plus de reprochabilidad, pero con una serie de modificaciones para adaptarlas a la actualidad.

Dicha agravación, sería la imposición de la pena en su mitad superior, evitando, de este modo, llegar a imponer penas que iguallen el límite máximo del homicidio, pues, en el actual artículo 180 del Código Penal, se prevé una pena de prisión de cinco a diez años, si los hechos son constitutivos del tipo base de agresión sexual, y de doce a quince años, si lo son del delito de violación.

Respecto al contenido del artículo 180 del Código Penal, se propone, en primer lugar, incluir en la redacción del tipo una fórmula que especifique que, dichas circunstancias, solo podrán ser tenidas en cuenta cuando no hayan sido ya consideradas para conformar el tipo delictivo en cuestión. De esta forma, se evitarían interpretaciones erróneas en la materia que podrían vulnerar el principio *non bis in idem*.

En este sentido, podría quedar redactado de la siguiente forma:

“Se impondrán las penas previstas en los dos artículos precedentes en su mitad superior, si concurriese alguna de las siguientes circunstancias, que no hubiese sido tenida en cuenta para integrar el tipo delictivo”

Por su parte, resultaría necesario modificar el contenido de la circunstancia primera, en cuanto que el carácter particularmente degradante o vejatorio ya no podría hacer referencia a la violencia o intimidación empleadas, sino al concreto comportamiento llevado a cabo por el autor. Asimismo, se incluiría que la agresión sexual fuese precedida o acompañada de una violencia o intimidación de extrema gravedad.

Por lo tanto, se propone el siguiente cambio:

“1.ª Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio o la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia o intimidación de extrema gravedad”.

La circunstancia segunda, consistente en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, quedaría igual a la regulación actual. Esto es:

“2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”.

Respecto a la circunstancia tercera, que actualmente hace referencia a que la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183 del Código Penal, esto es, el tipo base de los abusos sexuales a menores de dieciséis años, se modificaría en el mismo sentido que el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual:

“3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.”.

Asimismo, la circunstancia cuarta quedaría en idénticos términos, proponiendo la siguiente redacción:

“4.ª Cuando el autor se hubiere prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco con la víctima, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines”.

De igual forma, la circunstancia quinta tampoco sufriría cambios respecto de la regulación actual:

“5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”.

La principal novedad estaría en introducir dos nuevas agravantes. La primera, haría referencia a aquellos supuestos en los que el autor anule la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Y ello dado que el supuesto típico tenido en cuenta para integral el tipo base de agresión sexual es aquel en el que la víctima ya tiene anulada la voluntad, por los mismos medios, aprovechándose el autor de dicho estado.

Con la inclusión de esta circunstancia agravante específica se protegería a aquellas víctimas a las que anulan la voluntad y que, por supuesto, no se pueden dejar desprotegidas, pero sin caer en los errores expuestos respecto del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual: en primer lugar, porque se gradúa, dentro de la modalidad consistente en que la voluntad esté anulada por el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, la diferente reprochabilidad comisiva que merece que la víctima esté ya en ese estado o que el autor la cree, y, la segunda, porque la violencia o intimidación ya han sido agravados en el artículo 178 como supuesto más grave que los recogidos en el tipo base. Por lo que, se estaría respetando el principio de proporcionalidad penal.

La circunstancia sexta, en consecuencia, podría quedar redactada de la siguiente manera:

“6.ª Cuando el autor, previamente a la agresión, haya anulado la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

La siguiente novedad estaría en incorporar una agravante específica cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que estuviese o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Pero no, porque el Convenio de Estambul lo exija, sino porque se considera coherente con la perspectiva de género adoptada por la *Ley Integral*, que supondría ir un paso más allá en la protección de este tipo de conductas.

De este modo, la circunstancia séptima quedaría recogida de la siguiente forma:

“7.ª Y cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere u hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Asimismo, se mantendría el artículo 180.2 del Código Penal, en donde se prevé la concurrencia de dos o más circunstancias agravantes, pero otorgándole distinta penología. Y ello, dado que, en la regulación actual, se prevé la imposición de la pena superior en su mitad superior, la cual ha sido fijada en esta propuesta en el artículo 180.1 del Código Penal.

En consecuencia, se propone imponer la pena superior en grado en su mitad inferior:

2. Si concurren dos o más de las anteriores circunstancias, podrán imponerse las penas superiores en grado a las previstas en este artículo, en su mitad inferior”.

Para concluir respecto del artículo 180 del Código Penal, se añadiría el apartado tercero propuesto por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, por haberse considerado una reforma positiva:

“En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

Por último, se propone la derogación del artículo 182 consistente en abusar sexualmente de un menor de dieciocho años, pero mayor de dieciséis mediante engaño o abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, por entender que, aparte de que tiene una escasa o casi nula aplicación práctica, no se adecúa correctamente al desarrollo actual de nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

I

La discusión en torno a la delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual ha vuelto a salir a colación, como consecuencia de la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, cuya pretensión es reformular, por completo, la regulación vigente, equiparando ambas conductas típicas en un nuevo precepto, basado en el consentimiento en sentido positivo.

Ello viene a corroborar que la controversia en torno a ellos continúa y persiste en la actualidad, probablemente, por la esfera tan personal sobre la que tienen incidencia, como es la protección de la libertad e indemnidad sexual. Y es que, la sexualidad y su punición han generado interés desde tiempos primitivos y, la disparidad de opiniones en cuanto al alcance de los comportamientos punibles, los sujetos intervinientes, o el bien jurídico protegido, ha estado presente, de una u otra manera, desde, prácticamente, el Código Penal de 1822.

II

Dado que los delitos de agresión y abuso sexual forman parte de una familia delictiva de larga tradición, que puede ser estudiada desde el Derecho Romano, hasta la actualidad, la aproximación histórica resulta particularmente interesante para poder comprender su evolución, y el por qué de su regulación actual.

En este sentido, podemos afirmar que la imposición violenta en términos de yacimiento, y a excepción del Derecho Romano en donde también se recogía la

intimidación como forma comisiva, es el origen de la regulación del actual delito de agresión sexual. Por su parte, en lo relativo a la delimitación típica del delito de abuso sexual, encontramos un vacío legal hasta la figura de la seducción en la Edad Media, caracterizada por el empleo de engaño sobre la víctima como medio comisivo para conseguir el yacimiento.

A partir de la codificación penal española, y hasta el Código Penal de 1944, las conductas típicas de los delitos de agresión y abuso sexual, formaban parte, de los delitos de violación y abusos deshonestos, siendo la honestidad el bien jurídico protegido. La violación, comprendía el yacimiento, entendido exclusivamente como coito heterosexual vaginal, que el sujeto activo, hombre, imponía, sin su consentimiento, al sujeto pasivo, mujer, mediante el uso de violencia o intimidación, cuando ésta se hallaba privada de razón o sentido, o si era menor de doce años. Y, los abusos deshonestos, como todo acto lúbrico, distinto al yacimiento, llevado a cabo, igualmente, sin el consentimiento de la víctima, bien por equiparación a los medios comisivos de la violación, bien por equiparación a los medios comisivos del delito de estupro, esto es, por prevalimiento o engaño.

Tras el inicio del periodo constitucional, tuvo lugar, en 1989, la primera reforma recalable en la materia, en donde se procedió a la equiparación típica de los posibles sujetos intervinientes, a la ampliación, en parte, de las conductas típicas del delito de violación, y se introdujo, por primera vez, y tras un largo debate al respecto, la libertad sexual como bien jurídico protegido.

II

El Código Penal de 1995 supuso un giro copernicano en la delimitación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, que recibieron, por primera vez, dicha nomenclatura. Se pretendía por el legislador romper, de forma definitiva, con la tradición punitiva que habíamos venido heredando desde el Código Penal de 1822.

Así, junto con las reformas que se han venido sucediendo desde 1995, en las que se introdujo, entre otras, la referencia expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, se recuperó el término violación para hacer referencia al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, ampliándose, además, las conductas típicas, al recoger la introducción de miembros corporales como un supuesto típico equiparado a la introducción de objetos, llegando a la concepción de los delitos de agresión y abuso sexual, tal y como los conocemos en la actualidad.

III

Del estudio del Derecho Comparado continental, especialmente relevante si se tiene en cuenta que una de las principales justificaciones del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, es la pretendida adaptación al Convenio de Estambul, cuyo ámbito de aplicación es europeo, debe concluirse que existe una cierta tendencia legislativa a dejar atrás los medios comisivos, para centrarse en el consentimiento, como clave de la conducta típica. Prueba de ello son Alemania, Italia, Suecia e Islandia, mientras que, solo los Códigos Penales de Francia, Finlandia y España, siguen manteniendo la referencia a los medios comisivos.

Sin embargo, al estudiar lo dispuesto en el Convenio de Estambul, vemos que el artículo 36 establece, únicamente, la obligación de que el consentimiento deba prestarse voluntariamente, como manifestación del arbitrio de la persona, considerado en el contexto de las condiciones circundantes. Por lo que puede afirmarse, en consecuencia, que el Convenio de Estambul, no contiene ninguna determinación expresa sobre cuáles deban ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad, sino que se limita a referenciar que los elementos esenciales de la conducta típica, deben ser la voluntariedad y el contexto en donde deba prestarse, o no, dicho consentimiento.

Por lo tanto, sólo cabe concluir que la legislación vigente, respecto de los delitos de agresión y abuso sexual, se encuentra plenamente adaptada a lo dispuesto en el Convenio de Estambul, pues ya se asienta sobre la idea de consentimiento: todo acto de contenido sexual realizado sin la libre voluntad de la víctima es punible, bien porque al mediar violencia o intimidación, el consentimiento es inexistente, o bien porque dicho consentimiento se encuentra viciado, y, por lo tanto, no es libre.

Otra cosa sería que, España quisiera unirse a la tendencia que parece estar imponiéndose en el ámbito europeo, sumándose, de esta forma, a los países que basan su regulación en el consentimiento. Pero, de hacerse, sería eso, una tendencia o preferencia legislativa, pero no una consecuencia necesaria de la adaptación del Convenio de Estambul.

IV

La libertad y la indemnidad sexual son dos bienes jurídicos distintos y diferenciados entre sí, que protegen, en consecuencia, dos realidades que, aunque se encuentren encuadradas en una misma conducta típica, producen consecuencias desiguales. Por ello, eliminar la referencia expresa a la indemnidad sexual del Título VIII, del Libro II, del Código Penal, tal y como pretende el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, sería un error.

La libertad sexual, tanto en su vertiente positiva, como negativa, solo puede ser vulnerada respecto de aquellos sujetos que tienen, precisamente, la libertad de decidir en qué actos sexuales quieren participar, y en cuáles no se quieren ver involucrados. Sin embargo, respecto de los sujetos amparados bajo la indemnidad sexual, debe protegerse, sin lugar a duda, su derecho a no verse involucrados en prácticas sexuales desconocidas para ellos, que afectarían a su futuro desarrollo respecto de su propia sexualidad.

Y, aunque probablemente la indemnidad sexual seguiría estando presente como bien jurídico protegido, pues, como alega parte de la doctrina, pasaría a estar integrado en la libertad sexual, resulta más coherente que se mantuviera la referencia expresa, ya existente en nuestro Código Penal. Pues, en caso contrario, en la interpretación de hechos que afecten a la indemnidad sexual, se tendría que llevar a cabo una abstracción jurídica de la doctrina jurisprudencial ya sentada al respecto, que traería incoherencia legislativa, e inseguridad jurídica.

V

La equiparación de las conductas típicas de los delitos de agresión y abuso sexual es, junto con la definición expresa del consentimiento, la principal reforma contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Ambas son justificadas, en síntesis, como una solución a aquellas situaciones en las que la víctima no muestra su oposición expresa a la realización de los actos sexuales que pretende imponerle el agresor, así como por el diferente tratamiento legislativo que se les da a los diferentes supuestos típicos, evitando, de esta forma, la victimización secundaria, y reforzando la idea de que cualquier acto sexual no consentido resulta intolerable.

Y, a mi parecer, precisamente porque son supuestos de hecho desiguales, merecen diferente reprochabilidad penal. Equiparar las conductas típicas integradoras de los delitos de agresión y de abuso sexual no se encuentra justificado ni por razones de injusto, ni de reprochabilidad y, otorgarles la misma calificación jurídica vulneraría el principio de proporcionalidad penal.

El empleo de violencia o intimidación sobre la víctima, debe seguir siendo el supuesto más grave de aquellas conductas atentatorias de la libertad e indemnidad sexual. Pues no es, ni puede ser lo mismo, acceder carnalmente a la víctima, después de agredirle físicamente y amenazarle con seguir aplicando violencia si no cede a sus propósitos, que aprovecharse de una posición de superioridad que provoque que la víctima, aunque de forma viciada, consienta ese acceso carnal.

Por ello, en caso de seguir adelante con la equiparación típica de los delitos de agresión y abuso sexual, se propone la creación de un tipo agravado, dentro del propio

artículo 178 del Código Penal, que imponga una pena más grave en el caso de que medie violencia o intimidación. De esta forma, aún equiparando ambas conductas típicas, se respetaría el principio de proporcionalidad penal.

VI

La definición dada por el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad, recoge que, sólo se entenderá que media consentimiento, si, en atención de las circunstancias del caso, puede afirmarse que éste se ha manifestado libremente, mediante actos que expresen, de manera clara, la voluntad de la persona. Se trata, en definitiva, de trasladar el “sólo sí es sí”, a la tipicidad de la conducta y, al respecto, solo puedo concluir que, no sólo resulta algo innecesario, sino que, además de no solucionar los problemas pretendidos, generaría otros inexistentes.

En primer lugar, porque la regulación actual ya recoge la voluntariedad de la víctima y, la jurisprudencia, ya interpreta, de forma adecuada, el consentimiento, incluso en aquellos casos en los que la víctima no dice nada, o decide colaborar con sus agresores. Por ello, el vacío legal y jurisprudencial que se quiere construir en torno al mismo, como justificación de la necesidad de la reforma, es inexistente.

En segundo, porque en la definición proyectada, parece descartarse la validez del consentimiento tácito. Algo que no resultaría ajustado a la realidad de las prácticas sexuales consentidas, en donde no suele ser habitual que se solicite el consentimiento a cada paso que se da, pero tampoco a darlo, pues se sobreentiende. Debe recordarse aquí, que el Derecho Penal debe regirse por los principios de ultima ratio y mínima intervención

y, los presupuestos típicos que parece querer exigir el legislador, no resultarían acordes a dichas ideas.

Pero, sobre todo, porque la problemática en torno al consentimiento no es conceptual, en el sentido de qué es, o deba ser, el consentimiento, que resulta evidente, sino probatoria, es decir, cuando ha habido, o no, consentimiento. Dicha afirmación no puede significar, en ningún caso, que las eventuales dificultades probatorias que pudieran llegar a surgir en el procedimiento penal, para acreditar su ausencia, justifiquen el traslado de dicha problemática, al ámbito típico, ni tampoco, que se invierta la carga de la prueba, como parece pretender el legislador. En ese caso, se estaría vulnerando flagrantemente el principio de presunción de inocencia. Además, tampoco evitaría la victimización secundaria, pues, a la víctima se le sometería, igualmente, al debate sobre la existencia de todos los elementos que se integran en la definición típica.

Por ello, resultaría más conveniente el “no es no” que el “sólo sí es sí” y, aunque la clave típica se pusiera en la ausencia de consentimiento de la víctima y no en los medios comisivos empleados para vencer o conseguir el consentimiento, la reforma se llevase a cabo sin aportar una definición expresa de qué deba ser ese consentimiento.

VII

Existe cierta inclinación en la sociedad a percibir el delito de abuso sexual de forma negativa, pues es visto, en comparación con el delito de agresión sexual, como un atentado menor contra la libertad e indemnidad sexual. Sea como fuere, lo que resulta evidente es que el delito de abuso sexual, no consigue transmitir de forma adecuada la gravedad extrínseca e intrínseca de los comportamientos en él recogidos.

De igual manera, la acepción jurídica del término violación, no se ve correspondida con su uso cotidiano. Pues, mientras que la sociedad entiende por violación cualquier acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, independientemente de si éste integra el delito de agresión o abuso sexual, el término violación es empleado por el Código Penal exclusivamente en las agresiones sexuales.

Ello provoca que, en parte, la sociedad no comprenda, ni que, la diferencia material entre el delito de agresión y abuso sexual, está en los medios comisivos, y no en la conducta típica, que resulta idéntica para ambos preceptos, ni por qué el término violación queda circunscrito, exclusivamente, al delito de agresión sexual.

La solución, entonces, podría ser tan sencilla como hacer extensivo el término violación a los abusos sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Pero no, equiparando ambas conductas típicas, como pretende el legislador, sino, simplemente, introduciendo dicho vocablo en el artículo 183.4 del Código Penal.

VIII

Si nos planteamos qué conductas típicas queremos castigar como parte de los delitos de agresión y abuso sexual, que gravedad posee cada una de ellas, y que reprochabilidad debemos otorgarle, en consecuencia, a cada una de ellas, realizando, a tal fin, una abstracción que nos permita llegar a responder si se protege de forma adecuada la libertad e indemnidad sexual y si la delimitación típica actual entre los delitos de agresión y abuso sexual es correcta, debemos concluir que, más allá de que puedan llegar a darse casos en los que, dichas normas, sean aplicadas incorrectamente por los tribunales juzgadores, la actual configuración típica de los delitos de agresión y abuso sexual protege, de forma efectiva, la libertad e indemnidad sexual.

ANEXO I:

**Cuadro comparativo de las conductas típicas recogidas en la regulación vigente
y en el Proyecto del Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual**

CÓDIGO PENAL		PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	
Título VIII <i>“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”</i>		Título VIII <i>“Delitos contra la libertad sexual”</i>	
Capítulo I <i>“De las agresiones sexuales”</i>		Capítulo I <i>“De las agresiones sexuales”</i>	
Tipo base		Tipo base	
Artículo 178.1.	<i>“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”</i>	Artículo 178.1 y 2	<i>“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”. 3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.»</i>

		Tipo atenuado	
		Artículo 178.3	<i>“El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”</i>
Tipo agravado		Tipo agravado	
Artículo 179	<i>“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.</i>	Artículo 179	<i>“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años”.</i>
Tipo agravado		Tipo agravado	
Artículo 180	<p><i>“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</i></p> <p><i>1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</i></p> <p><i>2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</i></p> <p><i>3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra</i></p>	Artículo 180	<p><i>“1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:</i></p> <p><i>1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</i></p> <p><i>2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</i></p>

<p>Artículo 180</p>	<p><i>circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.</i></p> <p><i>4.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</i></p> <p><i>5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.</i></p> <p><i>2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.</i></p>	<p>Artículo 180</p>	<p><i>3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.</i></p> <p><i>4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.</i></p> <p><i>5.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</i></p> <p><i>6.ª Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.</i></p> <p><i>7.ª Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”</i></p>
<p align="center">Capítulo II “De los abusos sexuales”</p>		<p align="center">Capítulo II “De los abusos sexuales”</p>	
<p align="center">Tipo base</p>		<p align="center">SUPRIMIDO</p>	
<p>Artículo 181.1, 2 y 3</p>	<p><i>“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.</i></p>		

<p>Artículo 181</p>	<p>2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.</p> <p>3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.</p>	<p>SUPRIMIDO</p>
<p>Tipo agravado</p>		
<p>Artículo 181.4</p>	<p>“En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años”.</p>	
<p>Tipo agravado</p>		
<p>Artículo 181.5</p>	<p>“Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código”.</p>	
<p>Tipo específico de abuso a mayores de dieciséis y menores de dieciocho años</p>		
	<p>“1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de</p>	

Artículo 182	<p><i>dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.</i></p> <p><i>2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”</i></p>	
---------------------	---	--

ANEXO II

Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual



BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

XIV LEGISLATURA

Serie A:
PROYECTOS DE LEY

26 de julio de 2021

Núm. 62-1

Pág. 1

PROYECTO DE LEY

121/000062 Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(121) Proyecto de ley.

Autor: Gobierno.

Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Acuerdo:

Encomendar Dictamen, conforme al artículo 109 del Reglamento, a la Comisión de Justicia. Asimismo, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 17 de septiembre de 2021.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 20 de julio de 2021.—P.D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, **Carlos Gutiérrez Vicén**.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 2

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

ÍNDICE

Exposición de motivos.

TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales.

Artículo 1. Objeto y finalidad.

Artículo 2. Principios rectores.

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

TÍTULO I. Investigación y producción de datos.

Artículo 4. Investigación y datos.

Artículo 5. Órgano responsable.

Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.

TÍTULO II. Prevención y detección.

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización.

Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo.

Artículo 8. Prevención y sensibilización en el ámbito sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información.

Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.

Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario.

Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral.

Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública.

Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense.

Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y en lugares de privación de libertad.

Artículo 16. Espacios públicos seguros.

CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales.

Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.

Artículo 18. Detección y respuesta en el ámbito educativo.

Artículo 19. Detección e intervención en el ámbito sanitario.

Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de Servicios Sociales.

Artículo 21. Detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado.

TÍTULO III. Formación.

Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación.

Artículo 23. Formación en el ámbito docente y educativo.

Artículo 24. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

Artículo 25. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo 26. Formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia.

Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía.

Artículo 28. Formación en el ámbito forense.

Artículo 29. Formación en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia.

Artículo 30. Formación del personal en el exterior.

Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 3

TÍTULO IV. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho.

Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 33. Derecho a la información.

Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 35. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.

Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda.

Artículo 37. Derechos laborales y de Seguridad Social.

Artículo 38. Programa específico de empleo.

Artículo 39. Derechos de las funcionarias públicas.

Artículo 40. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 41. Acceso a la vivienda.

TÍTULO V. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo 42. Actuación policial especializada.

Artículo 43. Investigación policial.

Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo.

Artículo 45. Colaboración policial.

TÍTULO VI. Acceso y obtención de justicia.

CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito.

Artículo 46. Unidades de valoración forense integral.

Artículo 47. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas.

Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial.

Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad.

Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

TÍTULO VII. Derecho a la reparación.

Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación.

Artículo 52. Indemnización.

Artículo 53. Pensión de orfandad y prestación de orfandad.

Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición.

Artículo 55. Fondos para la reparación a las víctimas.

Artículo 56. Reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho.

TÍTULO VIII. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica.

Artículo 57. Estructura institucional.

Artículo 58. Colaboración para una intervención coordinada.

Artículo 59. Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas.

Artículo 60. Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales.

Artículo 61. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

Disposición adicional primera. Aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas.

Disposición adicional segunda. Financiación de costes para la Seguridad Social con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 4

Disposición transitoria primera. Eficacia temporal del capítulo I del título IV y del título VI.

Disposición transitoria segunda. Aplicación de medidas.

Disposición transitoria tercera. Asistencia jurídica gratuita.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Disposición final séptima. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Disposición final octava. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Disposición final novena. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Disposición final décima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Disposición final undécima. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Disposición final duodécima. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimoquinta. Naturaleza y rango jurídico.

Disposición final decimosexta. Título competencial.

Disposición final decimoséptima. Especialización en violencias sexuales.

Disposición final decimooctava. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

Disposición final decimonovena. Fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual.

Disposición final vigésima. Modificaciones reglamentarias.

Disposición final vigesimoprimer. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor.

Exposición de motivos

I

La ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo. El acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles.

Este estado de cosas se sitúa en abierta contradicción con el orden de valores que establece nuestra Constitución, que en su artículo 1.1 declara que son valores superiores de nuestro ordenamiento la libertad y la igualdad, mandata en consecuencia a los poderes públicos en el artículo 9.2 para promover las condiciones que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 5

efectivos, reconoce en su artículo 10 la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, consagra en su artículo 14 el principio de igualdad, y a continuación garantiza, en los artículos 15 y 17 los derechos a la vida y la integridad física y a la libertad y seguridad.

En su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños.

Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, de Naciones Unidas, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica.

Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia.

En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación.

Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado.

Las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de las violencias sexuales pueden afectar gravemente o incluso impedir la realización de un proyecto vital personal a las mujeres y las niñas, que se pueden ver sometidas a las relaciones de poder que sustentan este tipo de violencias. En el caso de los niños, las violencias sexuales también son fruto de relaciones de poder determinadas por el orden patriarcal, tanto en el ámbito familiar como en otros ámbitos de tutela adulta. Si bien la protección genérica de la infancia y la adolescencia frente a los diferentes tipos de violencia viene establecida en otras normas, resulta imprescindible complementar mediante esta ley dicho suelo básico con medidas específicas para garantizar la protección de las niñas y niños menores de dieciocho años frente a las violencias sexuales.

A contrario sensu, resulta también imprescindible dar respuesta a la indefensión específica sufrida por las mujeres mayores debido a la persistencia de esquemas patriarcales.

Además de la edad, otros factores determinan que no todas las víctimas de violencias sexuales cuenten con las mismas oportunidades de vivir sin violencia y de obtener una respuesta adecuada en su búsqueda de apoyo, protección y justicia. Esta ley orgánica adopta la interseccionalidad como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto. La discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad de género, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil.

Esta ley orgánica pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por los factores de discriminación descritos. Para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas, se confiere una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinares de actuación institucional y profesional especializada y coordinada.

II

España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales. Cabe destacar la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

El Convenio de Estambul establece la obligación de las administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

Este marco internacional de promoción y protección de los derechos humanos, incluida la lucha contra toda clase de discriminación y violencia que sufren las mujeres y las niñas, encontró un nuevo impulso con la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que, en su objetivo 5, establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

Respecto a la prevención y respuesta específica a las violencias sexuales contra niñas y niños, España asumió compromisos concretos derivados de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) y de la aprobación de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

En cumplimiento de las obligaciones internacionales y de la Constitución Española, desde 2004, en España se han desarrollado importantes avances normativos y de políticas públicas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra las mujeres. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso un gran paso adelante para garantizar una respuesta integral y coordinada frente a la violencia contra las mujeres cometida en el ámbito de las relaciones afectivas.

A pesar de los avances, el abordaje integral de las violencias sexuales, cometidas contra las mujeres, las niñas y los niños, en cualquier ámbito de relaciones o por parte de desconocidos, constituye, actualmente, un desafío pendiente al que esta ley pretende dar respuesta.

Mecanismos de Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, ha recomendado a España que adopte todas las medidas apropiadas para combatir la violencia de género contra las mujeres con discapacidad psicosocial y para prevenir, investigar y ofrecer reparaciones por las violaciones de sus derechos humanos, enjuiciando a las personas responsables. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha recomendado a nuestro país que se investigue activamente los casos de explotación y de abusos sexuales de niños, enjuicie a los autores y asegure que reciban las

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 7

sanciones apropiadas en caso de que se demuestre su culpabilidad; y que se adopte un marco nacional de coordinación entre administraciones e instituciones para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra los niños, malos tratos o descuido, prestando especial atención a sus dimensiones de género.

Por su parte, la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado en el Congreso de los Diputados y en el Senado, cuya aprobación culminó en diciembre de 2017 con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de Administraciones, autonómicas y locales, también reconoció la magnitud de los desafíos para la prevención y la adecuada respuesta frente a las violencias sexuales y estableció medidas transversales.

Por último, ha de señalarse que el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, expresa su preocupación por la concentración de esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina, cuestiones a las que esta ley hace frente.

El GREVIO identifica una serie de cuestiones que requieren acción urgente, tales como fortalecer las medidas para prevenir y combatir la violencia que afecta a mujeres expuestas a discriminación interseccional; reforzar la formación de profesionales como agentes policiales, trabajadores de la salud y docentes, y evaluar las diferentes capacitaciones disponibles para el poder judicial; mejorar la prestación de servicios de apoyo, en particular mediante la adopción de medidas efectivas para garantizar una provisión de alojamiento suficiente; o reforzar el marco legal sobre violencia psicológica, acoso, violencia sexual, acoso sexual y mutilación genital femenina. Todo ello son cuestiones a las que el anteproyecto da respuesta.

Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, integrándose también en la política exterior española; y, siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia.

III

Esta ley orgánica consta de un título preliminar, ocho títulos, dos disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veintiuna disposiciones finales, adoptando una perspectiva integral y novedosa en el ámbito de las violencias sexuales que se materializa en la modificación de las disposiciones del ordenamiento jurídico necesarias para llevar a efecto los objetivos y principios de esta ley orgánica.

Los principios rectores establecidos en el título preliminar tienen como fundamento último un enfoque respecto de la respuesta institucional que coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las administraciones públicas en la posición de garantes de los mismos, como titulares de obligaciones. Así mismo, incluye la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas, se adecúan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 8

El título I establece medidas de mejora de la investigación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual, con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica.

El título II prevé actuaciones para la prevención y la detección de las violencias sexuales como base fundamental para su erradicación. Así, el capítulo I dispone medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, de la Administración Pública y castrense, así como en lugares residenciales y de privación de libertad; en tanto el capítulo II prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en tres ámbitos fundamentales: el educativo, el sanitario y el sociosanitario, con el fin de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas.

El título III, sobre formación, establece las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral, la protección y la justicia, como una de las principales garantías de aplicación de esta ley orgánica. Contiene medidas de formación en el ámbito docente y educativo, sanitario, sociosanitario y de servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se prevé la formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de justicia, en el ámbito de la abogacía, en el ámbito forense y, por último, en el penitenciario. Además, se regula la formación del personal en el exterior.

El título IV, sobre el derecho a la asistencia integral especializada y accesible, se divide en dos capítulos.

El capítulo I define el alcance y garantía de este derecho, que comprenderá, al menos, la información y orientación a las víctimas, la atención médica y psicológica, tanto inmediata y de crisis como de recuperación a largo plazo, la atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, el asesoramiento jurídico previo y a la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, el seguimiento de sus reclamaciones de derechos, los servicios de traducción e interpretación y la asistencia especializada en el caso de mujeres con discapacidad, las niñas y los niños.

Este capítulo desarrolla las recomendaciones del Consejo de Europea en términos de servicios apropiados y estándares mínimos. Concretamente, se promueve la creación, entre otros, de los «centros de crisis», como servicios públicos interdisciplinares de atención permanente, que ofrecen asistencia en crisis para víctimas de violencias sexuales, sus familiares, y personas del entorno. También se establecen los servicios de asistencia integral a víctimas de trata y explotación sexual como recursos específicos para dar respuesta a este perfil de víctimas con necesidades específicas.

Respecto a las víctimas menores de edad, en este capítulo se establecen las bases para la implementación en España del modelo Children's House anglosajón o Barnahus escandinavo (Casa de Niños/as), que desde hace una década se está extendiendo a otros países europeos. Este modelo sitúa en el centro de la intervención a la niña o al niño víctima de violencias sexuales, lo cual requiere la participación conjunta y coordinada, en un lugar específico, adaptado y adecuado a sus necesidades, del conjunto de profesionales que intervienen en la ruta de atención y de obtención de justicia. En el plano de la justicia, este modelo da respuesta a dos importantes objetivos: reduce drásticamente las fuentes de revictimización para el niño o la niña y, al ofrecer mayores garantías de obtener un testimonio en condiciones de seguridad y tranquilidad, aumenta las posibilidades de concluir satisfactoriamente la investigación de hechos, de por sí complejos de acreditar.

El capítulo II del título IV prevé medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral y de empleo público que concilien los requerimientos de la relación laboral o del empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencias sexuales. Estas ayudas serán compatibles con las establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual; con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y con las establecidas en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones establecidas por sentencia judicial.

El título V regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Concretamente, prevé la obligación de una actuación policial especializada y mejoras relativas a la calidad de la atención en el proceso de denuncia, la investigación exhaustiva y la protección efectiva de mujeres en riesgo.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 9

El título VI aborda el acceso y la obtención de justicia, y consta de dos capítulos.

El capítulo I, sobre actuaciones fundamentales para la acreditación del delito, prevé la especialización en violencia sexual de las unidades de valoración forense integral que asisten a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Asimismo, establece la obligación de especialización del personal médico forense que realice los exámenes de interés legal.

El capítulo II establece medidas judiciales de protección y acompañamiento reforzado para las víctimas, así como medidas sobre protección de datos y limitación a la publicidad. Se aborda también la protección frente a las violencias sexuales de las mujeres españolas en el exterior.

El título VII consagra el derecho a la reparación como un derecho fundamental en el marco de obligaciones de derechos humanos; derecho que comprende la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las normas penales sobre responsabilidad civil derivada de delito, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social y las garantías de no repetición, así como acciones de reparación simbólica.

Asimismo, en aras de garantizar una completa recuperación y de establecer garantías de no repetición, se establece las Administraciones podrán garantizar ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por especificidad y/o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención o recuperación. Para financiar dichas ayudas, se podrán emplear los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal.

El título VIII prevé medidas fundamentales para garantizar la aplicación efectiva de la ley. Establece la obligación de desarrollarla través de una Estrategia Nacional y de evaluar su eficacia e impacto, para lo cual se pondrán en marcha mecanismos de recogida de datos. También prevé un sistema integral de respuesta institucional en el que la Administración General del Estado, en particular, el Ministerio de Igualdad, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, impulsará la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de las violencias contempladas en la presente ley orgánica.

Por último, se introduce una disposición adicional referida a la aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria veintiuna disposiciones finales para incorporar las modificaciones legislativas pertinentes; y otra disposición adicional que prevé que el coste que de las medidas introducidas por esta ley orgánica se deriva para la Seguridad Social se financiará mediante transferencia de los Presupuestos Generales del Estado.

La disposición final primera modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, siendo lo más relevante la incorporación de la figura de la revocación de la renuncia de la acción civil cuando los efectos del delito fueran más graves de lo previsto inicialmente, lo que es habitual en delitos contra la libertad sexual.

Las disposiciones finales segunda y tercera modifican, respectivamente, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para adaptarlas a las previsiones de la presente ley orgánica.

La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada «sumisión química» o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.

Es destacable también la mejora de la tipificación penal del proxenetismo en aras de hacer más efectiva la persecución de las conductas, especialmente a través de una nueva redacción del tipo, que contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo. Asimismo, y con la finalidad de responder más eficazmente a la explotación sexual, se introduce la tercería locativa en el Código Penal, sancionándose penalmente a quien destine un inmueble u otros espacios asimilables a estos efectos a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona. La previsión legal de la

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 10

explotación de otra persona excluye de la punición a quienes destinen un inmueble o espacio asimilable al ejercicio de la propia prostitución.

Por último, se reforman otros preceptos de dicho Código relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, la suspensión de la ejecución de penas en los delitos de violencia contra la mujer, el perjuicio social y los delitos de acoso, incluido el acoso callejero.

La disposición final quinta modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, para garantizar la protección de las víctimas de violencias sexuales.

La disposición final sexta modifica el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para evitar la incoación de expediente administrativo sancionador en el caso de las mujeres víctimas de violencias sexuales que denuncien su situación, como ya ocurre en el caso de víctimas de violencia de género.

La disposición final séptima modifica el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, para excluir del concepto de subvenciones las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales concedidas según lo establecido en el artículo 40 de esta ley.

Las disposiciones finales octava y novena adaptan a la presente norma, respectivamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

La disposición final décima modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para garantizar la protección de las víctimas de violencias sexuales, así como su acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

La disposición final undécima modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, tipificando las violencias sexuales y el acoso sexual en este ámbito.

Por su parte, las disposiciones finales duodécima y decimotercera modifican, respectivamente, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, con el fin de introducir diversos derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales, en la línea de lo previsto en la normativa actual para las víctimas de violencia de género.

Las novedades en el plano laboral se reflejan asimismo en la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, que lleva a cabo la disposición final decimocuarta.

Por último, la disposición final decimoquinta establece los preceptos de la ley que tienen carácter orgánico, y la disposición final decimosexta recoge los títulos competenciales en los que se ampara la norma. Las disposiciones finales decimoséptima y decimooctava prevén modificaciones legislativas futuras en materia de especialización judicial y de garantía, a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, del derecho a la asistencia jurídica gratuita. La disposición final decimonovena prevé la creación, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma, de un fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual destinado a financiar las medidas de reparación a las víctimas. Por su parte, la disposición final vigésima se refiere a la futura modificación del reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo. Finalmente, la disposición final vigesimoprimera se refiere al desarrollo reglamentario de la norma por parte del Gobierno y la disposición final vigesimosegunda regula la entrada en vigor de la norma.

IV

La presente ley orgánica se adecua a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicho precepto dispone que, en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las administraciones públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

En este sentido, la norma viene justificada por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de erradicar las violencias sexuales que sufren las mujeres de todas las edades y los niños.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 11

Esta es una realidad innegable en nuestro país, como ilustran, entre otros, los datos aportados por la Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019. El porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5%. Es decir, unas 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses.

Un 2,2% (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlo en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4%, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, casi en el 50% (40,6%) de los casos, la violencia se repitió más de una vez.

Además, esta ley orgánica se basa en una identificación clara de los fines perseguidos, toda vez que los identifica de forma expresa en el apartado 3 de su artículo 1.

Asimismo, al tratarse de una norma compleja que abarca un ámbito particular pero amplio de la violencia contra las mujeres, la regulación por una ley *ad hoc* exhaustiva constituye el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de dichos fines.

En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. En este sentido, la norma es respetuosa con el principio de intervención mínima del Derecho penal y al mismo tiempo facilita el acceso de las víctimas de violencias sexuales a los derechos garantizados, de lo que resulta ilustrativa, en particular, la regulación de las formas de acreditar la existencia de violencias sexuales.

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, esta ley orgánica introduce un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilita su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones, todo ello en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, así como con las obligaciones asumidas por nuestro país a nivel internacional, en particular mediante la ratificación del Convenio de Estambul. Ello queda patente en las disposiciones finales que operan las modificaciones necesarias en otras normas a fin de garantizar la coherencia interna, así como la necesaria actualización del ordenamiento jurídico.

En aplicación del principio de transparencia, se han puesto a disposición de la ciudadanía los documentos propios del proceso de elaboración de la norma, como su memoria del análisis de impacto normativo, elaborado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y se ha posibilitado que las potenciales personas destinatarias tengan una participación activa en la elaboración de la norma, mediante los trámites de audiencia e información pública. Así mismo, se ha recabado de manera directa el criterio de nueve organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito objetivo de la norma.

Por último, en aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa evita la imposición de cargas administrativas y racionaliza, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

V

La presente ley orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1.1.^a, 2.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 13.^a, 16.^a, 17.^a, 18.^a, 21.^a, 27.^a, 29.^a, 30.^a y 31.^a de la Constitución Española. Las disposiciones finales por las que se modifican otras normas de ámbito estatal se dictan al amparo de los mismos preceptos en que el Estado basó su competencia cuando las dictó.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 12

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y finalidad.

1. El objeto de la presente ley orgánica es la protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales.

2. La finalidad de la presente ley orgánica es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la prevención y la sanción de las violencias sexuales, así como el establecimiento de una respuesta integral especializada para mujeres, niñas y niños, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

3. En particular, las medidas de protección integral y de prevención estarán encaminadas a la consecución de los siguientes fines:

a) Mejorar la investigación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual, con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica.

b) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana y de prevención, promoviendo políticas eficaces de sensibilización y formación en los ámbitos educativo, laboral, digital, publicitario y mediático, entre otros.

c) Garantizar los derechos de las víctimas de violencias sexuales exigibles ante las Administraciones Públicas asegurando un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

d) Garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral, en el empleo público, y en el ámbito del trabajo autónomo que concilien los requerimientos en estos ámbitos con las circunstancias de aquellas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia y empleadas públicas que sufran violencias sexuales.

e) Garantizar la reparación integral de las víctimas de las violencias sexuales, incluida su recuperación y la restitución económica y moral de las mismas.

f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, en colaboración con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, impulse la adopción de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de las violencias contempladas en la presente ley orgánica.

g) Fortalecer el marco legal vigente para asegurar una protección integral a las víctimas de violencias sexuales, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

h) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde el movimiento feminista y la sociedad civil actúan contra las violencias sexuales.

i) Garantizar la adecuada formación y capacitación de las personas profesionales que intervienen en el proceso de información, atención, protección y tratamiento de las víctimas, incidiendo en las características y necesidades de las víctimas menores de edad y con discapacidad.

j) Asegurar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 2. Principios rectores.

A efectos de la presente ley orgánica, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes:

a) Respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales. La actuación institucional y profesional llevada a cabo en el marco de la presente ley orgánica se orientará a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos.

b) Diligencia debida. La respuesta ante las violencias sexuales se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional tales como la prevención, protección, asistencia, reparación a las víctimas

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 13

y promoción de la justicia, y estará encaminada a garantizar el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos.

c) Enfoque de género. Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la presente ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas.

d) Prohibición de discriminación. Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

e) Atención a la discriminación interseccional y múltiple. En aplicación de la presente ley orgánica, la respuesta institucional tendrá en especial consideración a las víctimas de violencias sexuales con otros factores superpuestos de discriminación, tales como el origen racial o étnico, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la salud, la clase social, la migración, la situación administrativa u otras circunstancias que implican posiciones más desventajosas de determinados sectores para el ejercicio efectivo de sus derechos.

f) Accesibilidad. Se garantizará que todas las acciones y medidas que recoge esta ley orgánica sean concebidas desde la accesibilidad universal, para que sean comprensibles y practicables por todas las víctimas, de modo que los derechos que recoge se hagan efectivos para víctimas con discapacidad, en situación de dependencia, con limitaciones idiomáticas o diferencias culturales, para mujeres mayores y para niñas y niños.

g) Empoderamiento. Todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas las medidas, dirigiéndose en particular a evitar la revictimización y la victimización secundaria.

h) Participación. En el diseño, aplicación y evaluación de los servicios y las políticas públicas previstas en esta ley orgánica, se garantizará la participación de las víctimas de violencias sexuales y de las entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, incluidas las organizaciones sindicales y empresariales, con especial atención a la participación de las mujeres desde una óptica interseccional.

i) Cooperación. Todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica se aplicarán por medio de una cooperación efectiva entre todas las administraciones públicas, instituciones y organizaciones implicadas en la lucha contra las violencias sexuales. En el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación entre todas las administraciones públicas competentes con esta finalidad.

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende, las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

2. La presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares prevista en el artículo 50, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 14

TÍTULO I

Investigación y producción de datos

Artículo 4. Investigación y datos.

1. La Administración General del Estado realizará estudios, encuestas y trabajos de investigación sobre las causas, características, extensión, índices de condena y consecuencias de las violencias sexuales incluidas en esta ley orgánica para evaluar la amplitud, la evolución y, en su caso, las nuevas formas de violencia sexual, tanto en el ámbito privado como en el público, especialmente en los ámbitos laboral y educativo.

2. La Administración General del Estado, en colaboración con las comunidades autónomas y las entidades locales, realizará y mantendrá actualizado un mapa de recursos de atención a las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 5. Órgano responsable.

A efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, actuará como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual, y en particular:

a) Elaborará y ofrecerá, en su ámbito competencial, información actualizada acerca de las distintas formas de violencia sexual que se producen en España o contra víctimas españolas que se encuentren en el extranjero.

b) Elaborará recomendaciones destinadas a la inclusión de nuevos indicadores sobre violencia sexual en los estudios, encuestas y demás trabajos de investigación, elaborados, promovidos o impulsados por centros, públicos y privados, encargados del estudio y seguimiento de las diferentes formas de violencia contra las mujeres, incluida la Macroencuesta de violencia contra la mujer.

c) Promoverá el análisis de los factores más relevantes que producen y reproducen las violencias sexuales, desde un enfoque de género e interseccional.

d) Elaborará recomendaciones y propuestas de acción destinadas a la erradicación de las violencias sexuales.

e) Impulsará la coordinación interministerial y la cooperación con otras instituciones y órganos de carácter académico y social.

Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.

Las administraciones públicas competentes en materia de investigación fomentarán la investigación relativa a las violencias sexuales, incluidas las relacionadas con formas de discriminación interseccional o múltiple.

TÍTULO II

Prevención y detección

CAPÍTULO I

Medidas de prevención y sensibilización

Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo.

1. El sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la integración de contenidos sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado, apropiados en función de la edad, en todos los niveles educativos y con las adaptaciones y apoyos necesarios para el alumnado con necesidades educativas específicas, respetando en todo caso las

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 15

competencias en materia de educación de las comunidades autónomas y en colaboración con el ámbito sanitario.

2. Los currículos de todas las etapas educativas no universitarias incluirán contenidos formativos sobre el uso adecuado y crítico de internet y las nuevas tecnologías, destinados a la sensibilización y prevención de las violencias sexuales, la protección de la privacidad y los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

3. Las Administraciones educativas impulsarán, en las universidades de su respectiva competencia, la inclusión de los anteriores contenidos formativos en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

4. Los servicios de inspección educativa, u órganos que las Administraciones educativas competentes determinen, velarán por el cumplimiento y aplicación de lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo en todos los ámbitos del sistema educativo.

Artículo 8. Prevención y sensibilización en el ámbito sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

Las Administraciones sanitarias, sociosanitarias y de servicios sociales competentes, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, promoverán la adopción de medidas para la prevención y sensibilización de las violencias sexuales sobre las personas usuarias de los recursos sanitarios, sociosanitarios y de servicios sociales.

El Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de Violencia de Género previsto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporará la violencia sexual a sus programas de información, sensibilización y formación.

Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información.

1. Con el fin de prevenir las violencias sexuales, tanto en el ámbito público como en el privado, incluyendo el ámbito digital, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las siguientes campañas:

a) Campañas de concienciación dirigidas a toda la población orientadas a combatir los estereotipos de género y las creencias que sustentan las violencias sexuales.

b) Campañas de concienciación dirigidas específicamente a hombres, adolescentes y niños para erradicar los prejuicios basados en roles estereotipados de género, así como para contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia recogidas en la presente ley orgánica, así como de la demanda de toda clase de servicios vinculados con la explotación sexual y de la pornografía que naturaliza la violencia sexual.

c) Campañas generales de información dirigidas a mujeres, así como a niñas y niños, que faciliten la identificación de las distintas situaciones del ciclo de la violencia de género e incluyan información sobre los derechos, pautas de actuación y recursos disponibles en caso de conocer o sufrir violencias sexuales.

2. Las campañas se realizarán de manera que sean accesibles a la población, tomando en consideración circunstancias tales como la edad, la discapacidad, el idioma, la ruralidad o la eventual residencia en el extranjero de nacionales españolas. Para ello, tendrán especial divulgación en los medios de comunicación de titularidad pública y en los centros educativos, sociales, sanitarios, laborales, culturales y deportivos.

Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán, respetando en todo caso la libertad de expresión, la independencia y la libre prestación de servicios, las siguientes

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 16

medidas que contribuyan a prevenir las violencias sexuales en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo la apología de estas conductas:

a) Acuerdos con prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España para que participen en la elaboración y aplicación de planes y medidas de prevención y sensibilización en el ámbito digital, y fomenten buenas prácticas en relación con el tratamiento de los casos.

b) Formación del personal de los medios de comunicación con el fin de capacitarlo para informar sobre las violencias sexuales con objetividad, sin estereotipos de género, con pleno respeto a la dignidad de las víctimas y su derecho a la libertad, el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos.

c) La adopción de acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias, contribuyan a la prevención de las violencias sexuales y a la sensibilización del personal de los medios de comunicación sobre el tema.

2. Las Administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión en los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos universitarios oficiales de las profesiones relacionadas con los medios de comunicación, de contenidos dirigidos a la sensibilización y formación en materia de violencias sexuales, con particular atención a los estereotipos de género y a los derechos de las víctimas.

3. La Agencia Española de Protección de Datos garantizará la disponibilidad de un cauce accesible y seguro de denuncia de la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comportaran un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales.

Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario.

1. Se considerará ilícita la publicidad que utilice estereotipos de género que fomenten o normalice las violencias sexuales contra las mujeres, en los términos establecidos en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

2. Las administraciones públicas promoverán la adopción de acuerdos de autorregulación con las asociaciones del ámbito publicitario, con el fin de garantizar que la prevención de las violencias sexuales se integre como uno de los objetivos de los códigos de conducta publicitaria. A efectos de lo anterior, se promoverá que las plantillas de las empresas de este sector reciban formación sobre esta materia.

3. Las Administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión, en los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos universitarios o títulos de formación profesional oficiales relacionados con la publicidad, de contenidos dirigidos a la prevención, sensibilización y formación en materia de violencias sexuales. Se prestará particular atención a los estereotipos de género.

Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral.

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital.

Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital.

2. Las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación.

De las medidas adoptadas, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos y con contratos de duración determinada.

Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 17

3. Las empresas que adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en esta ley orgánica serán reconocidas con el distintivo de «Empresas por una sociedad libre de violencia de género».

4. Por real decreto se determinarán el procedimiento y las condiciones para la concesión del distintivo al que se refiere el apartado anterior, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan.

Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública.

1. En el marco de lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, las administraciones públicas deberán promover condiciones de trabajo que eviten las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos o protocolos específicos para su prevención, detección temprana, denuncia y asesoramiento a quienes hayan sido víctimas de estas conductas.

2. Las administraciones públicas competentes y sus organismos vinculados o dependientes promoverán la información y sensibilización, y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales al personal a su servicio, autoridades públicas y a los cargos públicos electos.

Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense.

El Ministerio de Defensa incluirá en sus planes de formación de los mandos y en la instrucción y adiestramiento de la tropa y marinería, suboficiales y oficiales, medidas de prevención y sensibilización frente a las violencias sexuales, incluidas específicamente las cometidas en el ámbito digital. Estas medidas se dirigirán tanto al personal civil del Ministerio de Defensa como al personal militar, teniendo en cuenta, en particular, el personal que se encuentra destacado en el exterior.

Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y lugares de privación de libertad.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, impulsarán medidas destinadas a promover las condiciones que eviten las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en instituciones residenciales y en lugares de privación de libertad. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas.

Artículo 16. Espacios públicos seguros.

La Administración General del Estado apoyará a las entidades locales para que desarrollen políticas urbanísticas y de seguridad con enfoque de género que garanticen que los espacios públicos de los municipios sean seguros y accesibles para todas las mujeres, las niñas y los niños.

CAPÍTULO II

Detección de las violencias sexuales

Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.

1. Las administraciones públicas, especialmente los departamentos competentes en materia educativa, sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán, en el marco de sus respectivas competencias, actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual. Para ello, promoverán la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo, social y sanitario, con especial atención a víctimas menores de edad y con discapacidad.

2. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en cuanto al deber de denunciar, cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en el título II de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 18

3. Las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos.

Artículo 18. Detección y respuesta en el ámbito educativo.

Las Administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de la Conferencia Sectorial correspondiente, promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas de actuación para la prevención, detección y erradicación de las violencias sexuales en el ámbito educativo, tanto público como privado, y para cada uno de los niveles educativos, incluido el ámbito universitario, en el marco de lo establecido en la legislación en materia de universidades que resulte de aplicación. Tales protocolos impulsarán actividades continuadas de prevención y sistemas de detección precoz e intervención para casos de violencias sexuales, de acuerdo con los principios rectores de la presente ley orgánica.

Artículo 19. Detección e intervención en el ámbito sanitario.

1. Las Administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán la adecuada formación del personal sanitario y no sanitario para la detección de las violencias sexuales y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del ámbito sanitario para la detección y respuesta frente a las violencias sexuales.

2. En los Planes Nacionales de Salud que proceda se contemplará un apartado de prevención, detección e intervención integral frente a las violencias sexuales.

3. La Comisión contra la Violencia de Género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se ocupará del apoyo técnico y la orientación de las medidas sanitarias necesarias para implementar lo dispuesto en este precepto, así como de la evaluación y proposición de las medidas necesarias para que el sector sanitario contribuya a la prevención, detección y respuesta diligente frente a estas violencias.

4. La Comisión contra la Violencia de Género elaborará, con implicación del Observatorio de Salud de las Mujeres, un Protocolo Común de Actuaciones desde los servicios sanitarios en materia de violencias sexuales que incluya pautas de detección e intervención, tanto frente a las violencias recientes como a las producidas en el pasado.

5. El Protocolo Común de Actuaciones será el marco desde el que actualizar y mejorar los protocolos sanitarios autonómicos existentes, asegurando una actuación homogénea y adecuada del personal sanitario en el conjunto del Estado.

Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de servicios sociales.

1. Las administraciones públicas, en el seno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, promoverán los procedimientos y la adecuada formación del personal sociosanitario y del sistema de los Servicios Sociales generales para la detección de las violencias sexuales, que deberá incluir tanto los espacios residenciales como los ambulatorios.

2. En los Planes de Servicios Sociales, de Prevención de las Situaciones de Dependencia y Planes de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, así como en otros en los que proceda, se contemplará un apartado de prevención, detección e intervención integral frente a las violencias sexuales.

Artículo 21. Detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado.

Los poderes públicos establecerán protocolos de actuación que permitan la detección y atención de casos de mutilación genital femenina y de matrimonio forzado, para lo cual se procurará la formación específica necesaria para la especialización profesional, pudiendo incluirse acciones específicas en el marco de la cooperación internacional al desarrollo.

TÍTULO III

Formación

Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación.

1. La especialización profesional se garantizará a través de la formación inicial obligatoria y la formación continua que deberán recibir todos los sectores profesionales que intervienen en la prevención y la respuesta a las violencias sexuales.

2. En aplicación de esta ley orgánica se elaborará un programa marco de formación y de reciclaje de los sectores profesionales mencionados en el presente título que abarque, además de los aspectos específicos relacionados con cada sector, los estereotipos de género, el trauma y sus efectos y la responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria. Se prestará particular atención a la situación y necesidades de las víctimas de discriminación interseccional.

Artículo 23. Formación en el ámbito docente y educativo.

1. Las Administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la inclusión de contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de violencias sexuales en los planes de estudios de los títulos universitarios oficiales que conducen al ejercicio de profesiones docentes.

2. En la formación continua del profesorado de los ámbitos y niveles educativos no universitarios y del personal de administración y servicios se incorporarán contenidos dirigidos a la capacitación para sensibilizar y prevenir al alumnado frente a las violencias sexuales, en particular en el entorno digital.

3. En la formación permanente del profesorado universitario y del personal de administración y servicios se incorporarán contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, sensibilización y detección en materia de violencias sexuales.

Artículo 24. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.

1. Las Administraciones educativas competentes y las universidades impulsarán la incorporación de contenidos formativos para la prevención, detección, intervención y apoyo a las víctimas de violencias sexuales en los planes de estudios de los títulos universitarios o títulos de formación profesional oficiales del ámbito de las ciencias de la salud y del ámbito de los servicios sociales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

2. Asimismo, las administraciones públicas competentes se asegurarán de que los planes de formación continua de las personas trabajadoras del Sistema Nacional de Salud y de la red de Servicios Sociales se incluyan temas dedicados a la sensibilización y formación en materia de prevención, detección y actuación en casos de violencias sexuales, así como en el tratamiento de las víctimas de violencias sexuales y sus derechos.

Artículo 25. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

1. Las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a los cuerpos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, autonómicos y locales, se incluyan temas dedicados a la perspectiva de género en la función policial, así como a las medidas de protección integral contra las violencias sexuales.

2. Asimismo, las administraciones públicas competentes se asegurarán de que, tanto en la formación inicial para el alumnado de nuevo ingreso, como en la formación permanente y continua para la promoción interna y de actualización, se incluyan temas dedicados a la sensibilización y formación en materia de prevención, detección, sanción y erradicación de las violencias sexuales, así como en el tratamiento de las víctimas de violencias sexuales y sus derechos.

3. En la formación a personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desplazado en países en conflicto se incluirá formación específica sobre prevención, detección y respuesta a las violencias sexuales.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 20

Artículo 26. Formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia.

1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal, así como al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y otro personal al servicio de la Administración de Justicia, se incluyan temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales.

2. El Ministerio de Justicia, en colaboración en su caso con la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas con competencias al respecto, asegurarán que, en la formación inicial y continua de los integrantes de la Carrera Judicial, del Ministerio Fiscal y demás personal al servicio de la Administración de Justicia se incluyan temas dedicados a la perspectiva de género y, en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales.

Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía.

1. Los poderes públicos, en colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española y los colegios de la abogacía, promoverán la adecuada formación de los letrados y letradas encargados de asistir a víctimas de violencias sexuales.

2. Los colegios de la abogacía, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, incluirán como línea de formación dentro de la materia de la violencia de género una específica en violencias sexuales.

Artículo 28. Formación en el ámbito forense.

1. El Ministerio de Justicia adoptará las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso al Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, se incluyan temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales.

2. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán que los Institutos de Medicina Legal, en la formación inicial y continua de los equipos multidisciplinares de profesionales integrados en las unidades de valoración forense integral, incluyan la perspectiva de género, así como la capacitación para la identificación de las violencias sexuales.

3. Asimismo, se garantizará la formación para una adecuada especialización de todo el personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que realice la valoración de circunstancias y daños ocasionados en casos de violencias sexuales.

Artículo 29. Formación en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia.

1. Las administraciones públicas competentes en materia penitenciaria asegurarán que, en la formación inicial, continua y para la promoción y la capacitación profesional de quienes trabajan en los centros penitenciarios y de menores infractores, se incluya la perspectiva de género, así como medidas dirigidas a su formación respecto a la protección integral contra las violencias sexuales en el ámbito de sus funciones.

2. Asimismo, se garantizará esta formación al personal que preste sus servicios en los centros de Internamiento de personas extranjeras y otros centros de custodia o acogida, incluidos los de estancia temporal y los de menores de edad.

Artículo 30. Formación del personal en el exterior.

El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación proporcionará formación inicial y continua al personal funcionario y contratado localmente que se encargue, en el ámbito de la asistencia consular, de la atención a las víctimas españolas de violencias sexuales en el extranjero.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 21

Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios.

1. En las actividades de evaluación, verificación y acreditación de planes de estudios de títulos universitarios se tendrá en cuenta el grado de cumplimiento de lo previsto en este título.

La ausencia de los contenidos en materia de igualdad de género y de prevención y erradicación de las violencias sexuales sin justificación apropiada podrá dar lugar a un informe desfavorable del correspondiente órgano de verificación o evaluación.

3. Las universidades establecerán un itinerario formativo en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, evaluable y acreditable por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o la autoridad competente del Ministerio de Educación y Formación Profesional o, en su caso, órganos competentes de las comunidades autónomas, en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

TÍTULO IV

Derecho a la asistencia integral especializada y accesible

CAPÍTULO I

Alcance y garantía del derecho

Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

1. Todas las personas comprendidas en el apartado 2 del artículo 3 de esta ley orgánica tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales. Este derecho comprenderá, al menos:

a) Información y orientación sobre sus derechos y recursos, en los términos previstos en el artículo 33.

b) Atención médica y psicológica, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo.

c) Atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo, en los términos establecidos en el artículo 34.

d) Asesoramiento jurídico previo y a la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

e) Seguimiento de sus reclamaciones de derechos.

f) Servicios de traducción e interpretación, incluidos los servicios de lengua de signos, subtitulación, guías intérpretes, así como otro personal especializado de apoyo para la comunicación.

g) Asistencia personal, como un recurso disponible para las mujeres con discapacidad que fortalezca su autonomía ante todas las actuaciones judiciales, las medidas de protección y de apoyo y los servicios para las víctimas.

h) Atención especializada, en el caso de niñas y niños víctimas de violencias sexuales y de víctimas de trata y explotación sexual.

2. En los instrumentos y procedimientos de cooperación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas en las materias reguladas en este título se incluirán compromisos de aportación de recursos financieros referidos específicamente a la prestación de los servicios.

3. Los servicios sociosanitarios, así como el Instituto de las Mujeres y los organismos de igualdad de las comunidades autónomas orientarán y valorarán los programas y acciones que se lleven a cabo en el marco del derecho a la asistencia integral especializada y accesible y emitirán recomendaciones para su mejora.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 22

Artículo 33. Derecho a la información.

1. Las víctimas de violencias sexuales tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que dispongan las administraciones públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta ley orgánica relativas a su protección y seguridad y a los derechos y ayudas en ella previstos, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia y crisis, apoyo y recuperación integral.

A tal efecto las administraciones públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados, tanto de carácter presencial, como telefónico y telemático, que lo hagan efectivo.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, el acceso integral de las mujeres con discapacidad, así como de las niñas y los niños víctimas de violencias sexuales a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible adaptado a las circunstancias de edad y discapacidad, incluyendo sistemas tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos. En su caso, se proporcionará, además, a la persona representante de la víctima o a quien tenga atribuida su guarda, protección o defensa.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las víctimas de violencias sexuales que, por sus circunstancias personales, sociales o idiomáticas puedan tener dificultades para el acceso a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho.

Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible.

1. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el derecho a la asistencia integral especializada y accesible, en los términos expresados en los artículos anteriores, mediante la disponibilidad de los siguientes servicios:

a) Centros de crisis 24 horas: servicios que brindan atención psicológica, jurídica y social. Bajo criterios de atención permanente y actuación urgente, proveerán apoyo y asistencia en situaciones de crisis para víctimas, familiares y personas del entorno. Estos centros incluyen el acompañamiento y la información telefónica y presencial las 24 horas del día todos los días del año.

b) Servicios de recuperación integral: servicios interdisciplinares de recuperación psicológica y acompañamiento social, educativo, laboral y jurídico que trabajan para apoyar la recuperación psicológica de las víctimas en el largo plazo, así como para atender las mencionadas necesidades de acompañamiento.

c) Servicios de atención a víctimas de trata y explotación sexual: servicios que comprenden, al menos, asistencia psicológica, atención jurídica y asesoramiento social en su propio idioma.

d) Servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales: servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales.

2. En todos los casos, el acceso a estos servicios será gratuito y se respetará la dignidad, la confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal de las víctimas y de terceras personas.

3. Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los órganos judiciales competentes, los servicios sanitarios y sociosanitarios, las unidades de valoración forense y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas del ámbito geográfico correspondiente y, en su caso, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

4. Se garantizará la disponibilidad de estos servicios a través de la previsión de un número suficiente de centros, con personal suficiente y cualificado, y de un reparto equitativo de los mismos que asegure la accesibilidad a las mujeres de las zonas rurales y alejadas de los núcleos urbanos de gran densidad.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 23

Artículo 35. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.

Las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas.

Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

1. A los efectos del reconocimiento de los derechos regulados en este título, las situaciones de violencias sexuales se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia sexual en los términos previstos en el artículo 3, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que declare la existencia de violencia sexual o acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencias sexuales.

También podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en la legislación sectorial que regule el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

2. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales.

CAPÍTULO II

Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

Artículo 37. Derechos laborales y de Seguridad Social.

1. Las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precise por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

2. Las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 24

determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un periodo de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Artículo 38. Programa específico de empleo.

1. En el marco de los planes anuales de empleo a los que se refiere el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo. Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

2. Las trabajadoras desempleadas que hayan sufrido violencias sexuales, así como las trabajadoras autónomas que hubiesen cesado su actividad por ser víctimas de violencias sexuales tendrán derecho, en el momento de demandar un empleo, a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 40, así como a participar en programas específicos de inserción laboral.

Artículo 39. Derechos de las funcionarias públicas.

1. Las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

2. Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad.

3. La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo se realizará en los términos establecidos en el artículo 36 de esta ley orgánica.

Artículo 40. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales.

1. Cuando las víctimas de violencias sexuales careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda económica equivalente a seis meses de subsidio por desempleo.

En el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, cuando esta no obtenga rentas superiores, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, a dos veces el salario mínimo interprofesional, recibirán en todo caso la ayuda económica descrita en este artículo.

2. El importe de la ayuda podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único o en seis mensualidades. Dicha ayuda podrá prorrogarse por una sola vez, siempre que sigan sin superarse los umbrales económicos descritos en el apartado 1.

Cuando la víctima de la violencia sexual tuviera reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el importe será equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

En el caso de que la víctima tenga personas a cargo, su importe podrá alcanzar el de un periodo equivalente al de 18 meses de subsidio, o de 24 meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33 %, en los

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 25

términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente ley orgánica. Dicha ayuda será igualmente prorrogable por una sola vez, en los mismos términos que los anteriores, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

3. Por real decreto se regulará el procedimiento de concesión de estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En cualquier caso, la concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de esta ley orgánica.

4. Estas ayudas serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. Igualmente, serán compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y con las ayudas establecidas en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

Artículo 41. Acceso a la vivienda.

Las administraciones públicas promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales al parque público de vivienda y a los programas de ayuda de acceso a la vivienda, en los términos que se determine reglamentariamente.

Asimismo, promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales a los establecimientos residenciales y otros centros de atención a las personas en situación de dependencia.

TÍTULO V

Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Artículo 42. Actuación policial especializada.

1. Las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales.

2. Se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. En particular, para la protección de las víctimas menores de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Para ello, los órganos judiciales y los servicios sanitarios y sociosanitarios facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno.

3. En la primera atención policial y posterior acompañamiento, las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a ser atendidas por personal expresamente formado en materia de género y violencias sexuales, que brindará una respuesta con el mayor grado de sensibilidad, calidad, celeridad y eficacia posible, evitando actuaciones que representen un incremento de la victimización y la duplicación o repetición de las intervenciones. En los casos de víctimas menores de edad, la atención policial y la investigación serán conducidas por unidades especializadas en la investigación y prevención de situaciones de violencia contra la infancia y la adolescencia y preparadas para una correcta y adecuada intervención ante tales casos.

4. Con la finalidad de hacer efectiva la protección de las víctimas, lo dispuesto en el presente título será de aplicación en las comunidades autónomas que cuenten con Cuerpos de Policía que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, en los términos previstos en sus Estatutos, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en sus leyes de policía.

5. El Ministerio del Interior, en el ámbito de sus competencias, promoverá la realización de estudios, informes y estadísticas tendentes a delimitar la magnitud de la violencia sexual en España.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 26

Artículo 43. Investigación policial.

Las administraciones públicas competentes arbitrarán todos los medios disponibles, incluidas las técnicas más avanzadas, para garantizar la eficacia de las investigaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de verificar y acreditar los hechos que puedan constituir violencia sexual, siempre preservando la integridad e intimidad de las víctimas.

Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo.

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas competentes desplegarán medidas de evaluación del riesgo y de protección orientadas a garantizar la no repetición de la violencia y a hacer posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad.

2. A través de las unidades especializadas, se deberá vigilar y controlar el cumplimiento exacto de las medidas acordadas por los órganos judiciales encaminadas a la protección de la víctima a través de la vigilancia de los investigados o condenados.

Artículo 45. Colaboración policial.

El Gobierno, a través de acuerdos con las entidades locales, promoverá la formación y la colaboración de las policías locales con la finalidad de mejorar la respuesta policial frente a las distintas formas de violencia sexual, especialmente en lo relativo a la primera atención y a la protección de víctimas en situación de riesgo. Para ello, revisará y actualizará los acuerdos y protocolos en materia de colaboración entre los diferentes Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

TÍTULO VI

Acceso y obtención de justicia

CAPÍTULO I

Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

Artículo 46. Unidades de valoración forense integral.

1. Las unidades de valoración forense integral, adscritas a los Institutos de Medicina Legal o a otros órganos competentes, en su caso, se ocuparán también de los casos de violencias sexuales contra las mujeres, niñas y niños, para lo cual serán reforzadas y se garantizará su presencia en todo el territorio del Estado.

2. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia ordenarán a las unidades de valoración forense integral que diseñen protocolos de actuación global e integral en casos de violencia sexual. En dichos protocolos se tendrán en cuenta, en particular, las necesidades y derechos de las víctimas, con atención específica a las sometidas a formas de discriminación múltiple, especialmente a las víctimas menores de edad y con discapacidad. Asimismo, se establecerán protocolos para realizar los informes de valoración, que incluirán el daño social.

3. Dichas unidades realizarán una valoración de la gravedad de la situación y del riesgo de reiteración de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo a las víctimas.

Artículo 47. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

1. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán la disponibilidad del personal médico forense para asegurar que el examen y las actuaciones de interés legal se practiquen a las víctimas sin demoras y conjuntamente con el reconocimiento ginecológico preceptivo.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, la recogida de muestras biológicas de la víctima

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 27

y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado, no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas y evidencias que se recojan por el centro sanitario se conservarán debidamente para su remisión, garantizando la cadena de custodia y del modo más inmediato posible, al Instituto de Medicina Legal. El plazo y demás condiciones de conservación se determinará mediante protocolos científicos por los organismos competentes.

3. Se garantizará la especialización adecuada del personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que intervenga en los casos de violencias sexuales con el fin de asegurar la calidad de su intervención y la no revictimización, especialmente en los casos de víctimas menores de edad.

CAPÍTULO II

Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas

Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial.

1. Sin perjuicio de que las Oficinas de Asistencia a las Víctimas constituyan servicios generales de atención a víctimas de diferentes tipologías delictivas, se promoverá su formación y refuerzo para contribuir adecuadamente a la información y acompañamiento de las víctimas de violencias sexuales.

2. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas proporcionarán información general y sobre la interposición de la denuncia y el proceso penal, así como sobre el derecho a recibir indemnización y sobre cómo obtener asistencia letrada gratuita.

3. También realizarán el acompañamiento a las víctimas que lo soliciten a lo largo del proceso judicial, con las especificidades necesarias en caso de víctimas con discapacidad.

4. Asimismo, y para apoyar esta labor, se impulsará la suscripción de protocolos de colaboración entre las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y los servicios de atención integral especializada previstos en el artículo 34, con el objetivo de alcanzar una adecuada coordinación que dé respuesta a las necesidades de las mujeres, niñas y niños y sus procesos de recuperación y acceso a la justicia.

5. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, tomarán medidas específicas para garantizar la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas de violencias sexuales menores de edad.

Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad.

1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia sexual se protegerá la intimidad de las víctimas, y en especial sus datos personales.

2. La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponden de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, especialmente cuando esta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. El juzgado o tribunal competente podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

Las Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior, dentro de sus deberes generales de protección a los españoles y españolas en el exterior, asistirán a las víctimas de violencia sexual, proporcionándoles orientación y acompañamiento de manera prioritaria dentro de sus capacidades. Se entenderá asimismo que se encuentran amparadas por el Protocolo Interministerial de Actuación para la Atención de las Mujeres Españolas Víctimas de Violencia de Género en el Exterior. Las Embajadas y Oficinas Consulares, en coordinación con la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, facilitarán, en su caso, la repatriación de las víctimas a España.

TÍTULO VII

Derecho a la reparación

Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación.

Las víctimas de violencias sexuales tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el artículo siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

Para garantizar este derecho se elaborará un programa administrativo de reparación a las víctimas de violencias sexuales que incluya medidas simbólicas, materiales, individuales y colectivas.

Artículo 52. Indemnización.

1. La indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las leyes penales sobre la responsabilidad civil derivada del delito, deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos:

- a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad.
- b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.
- d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.
- e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

2. La indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente.

Artículo 53. Pensión de orfandad y prestación de orfandad.

En los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición.

1. Las administraciones públicas garantizarán las medidas necesarias para procurar la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas a través de la red de recursos de atención integral previstos en el título IV. Asimismo, promoverán el restablecimiento de su dignidad y reputación, la superación de cualquier situación de estigmatización y el derecho de supresión aplicado a buscadores en Internet y medios de difusión públicos.

2. Las administraciones públicas podrán establecer ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por la especificidad y/o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención y recuperación, quienes podrán recibir ayudas adicionales para financiar los tratamientos sanitarios adecuados, incluyendo los tratamientos de reconstrucción genital femenina, si fueran necesarios.

3. Con el objetivo de cumplir las garantías de no repetición, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán las medidas necesarias para que las víctimas de violencias sexuales cuenten con protección efectiva ante represalias o amenazas, según lo previsto en el título V.

4. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado anterior, promoverán programas específicos dirigidos a las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual.

Artículo 55. Fondos para la reparación a las víctimas.

1. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia recibirán fondos para hacer efectivo el derecho a la reparación de las víctimas, resultantes de la

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 29

ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal.

2. Estos fondos podrán destinarse a financiar las ayudas establecidas en el artículo 54.2, así como medidas de inserción laboral y fomento de la autonomía económica, dirigidas prioritariamente a las víctimas de explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, en coordinación con las comunidades autónomas y las entidades locales.

Artículo 56. Reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho.

1. En los supuestos en los que la víctima lo solicite, la reparación simbólica incluirá, por parte de los poderes públicos, el reconocimiento de la violencia y declaraciones institucionales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas.

2. Las administraciones públicas promoverán, a través de homenajes y de acciones de difusión pública, el compromiso colectivo contra las violencias sexuales y el respeto por las víctimas.

TÍTULO VIII

Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica

Artículo 57. Estructura institucional.

1. La Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género impulsará, en colaboración con el resto de los poderes públicos y con la participación de organizaciones de la sociedad civil, incluidas las organizaciones sindicales y empresariales, la propuesta, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas en aplicación de esta ley orgánica por parte de la Administración General del Estado para la protección integral del derecho a la libertad sexual y para la erradicación de todas las violencias sexuales.

2. Dentro de las funciones que tienen encomendadas en materia de violencia de género la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, las Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, se entenderán comprendidas todas aquellas violencias a las que se refiere esta ley orgánica.

Artículo 58. Colaboración para una intervención coordinada.

1. En el ámbito de sus competencias, las Administraciones sanitarias y las educativas, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales y los organismos de igualdad articularán protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales que aseguren una actuación global, coordinada e integral de las distintas administraciones públicas y servicios implicados y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

2. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres, niñas, y niños que, por sus circunstancias personales y sociales, puedan tener mayor riesgo de sufrir violencias sexuales o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta ley orgánica, prestando particular atención a las sometidas a discriminación interseccional, debido a la situación migratoria, la situación de exclusión social o la discapacidad.

Artículo 59. Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas.

1. La Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas constituye el instrumento para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales establecidos en esta ley orgánica.

2. Corresponde a la Conferencia Sectorial de Igualdad su preparación, seguimiento y evaluación, garantizándose la participación de todos los departamentos ministeriales implicados y las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados en cada una de estas fases. La aprobación de la Estrategia corresponderá al Consejo de Ministros.

3. La Estrategia tendrá carácter cuatrienal y establecerá los mecanismos de evaluación y seguimiento que se determinen.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 30

Artículo 60. Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales.

1. Se crea la Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales, como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin de servir de cauce de participación a las organizaciones de personas afectadas por este tipo de violencia, en colaboración con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

2. Reglamentariamente, se establecerán su régimen de funcionamiento, competencias y composición, garantizándose, en todo caso, la participación del conjunto de las administraciones públicas, organizaciones de mujeres, personas afectadas, incluyendo a las pertenecientes a los grupos más vulnerables a la discriminación interseccional, y profesionales de reconocido prestigio en el ámbito del tratamiento de las violencias sexuales.

3. Este órgano deberá participar en la preparación, elaboración, ejecución y evaluación de la estrategia a la que se refiere el artículo 59.

Artículo 61. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

El Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta ley orgánica, elaborará y remitirá al Congreso de los Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra las violencias sexuales.

A estos efectos, las administraciones públicas competentes recogerán datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de prevención, detección, atención integral, protección, justicia y reparación, incorporando tanto la información procedente de todas las administraciones públicas como de las organizaciones especializadas en la asistencia a las víctimas, además de la relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales.

Disposición adicional primera. Aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno aprobará y pondrá en marcha una Estrategia Nacional de desarrollo general conforme a lo establecido en el artículo 59 de esta ley orgánica.

Disposición adicional segunda. Financiación de costes para la Seguridad Social con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El coste que de las medidas introducidas por esta ley orgánica se deriva para la Seguridad Social se financiará mediante transferencia de los Presupuestos Generales del Estado.

Disposición transitoria primera. Eficacia temporal del capítulo I del título IV y el título VI.

El capítulo I del título IV y el título VI de la ley serán de aplicación en el plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Disposición transitoria segunda. Aplicación de medidas.

En los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley orgánica que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados o tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo II del título VI.

Disposición transitoria tercera. Asistencia jurídica gratuita.

La letra d) del apartado primero del artículo 32 de esta ley será de aplicación a partir de la entrada en vigor de la modificación normativa prevista en la disposición final decimoctava.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente ley orgánica.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 31

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el siguiente tenor literal:

«Artículo 13.

En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

Dos. Se modifica el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado como sigue:

«Artículo 112.

Ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercerla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito.

Si se ejercitase solo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.»

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 681, que queda redactado como sigue:

«3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, de mutilación genital, matrimonio forzado y trata con fines de explotación sexual, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.»

Cuatro. Se modifica el artículo 709, que queda redactado como sigue:

«Artículo 709.

El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

Contra la resolución que sobre este extremo adopte podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se hiciere en el acto la correspondiente protesta.

En este caso, constará en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 32

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Se modifica el párrafo m) del apartado 1 del artículo 31, que queda redactado como sigue:

«m) Personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia sexual y de género.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Se modifica el párrafo a) del artículo 3, que quedará redactado como sigue:

«a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomite estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad.»

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 36, que queda redactado como sigue:

«2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del Título VII bis del Libro II de este Código, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

d) Delitos del artículo 181.

e) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.

En los supuestos de las letras c), d) y e), si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta la superación del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual.

3. La autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales de la persona condenada y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 33

Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el apartado anterior.

4. En todo caso, la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de las personas condenadas enfermas muy graves con padecimientos incurables y de las septuagenarias, valorando, especialmente, su escasa peligrosidad.»

Dos. Se añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 83, con la siguiente redacción:

«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos.»

Tres. Se añade un apartado 4 al artículo 172 bis, con la siguiente redacción:

«4. En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos.»

Cuatro. Se modifican el primer y último párrafo del apartado 1 del artículo 172 ter, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana:

“Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”»

Cinco. Se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 173, quedando redactados como sigue:

«1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en los párrafos b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

«4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.

Los delitos tipificados en los dos párrafos anteriores solo serán perseguirles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 34

Seis. Se modifica la rúbrica del título VIII del libro II, que queda redactada como sigue:

«TÍTULO VIII

Delitos contra la libertad sexual»

Siete. Se modifica el artículo 178, que queda redactado como sigue:

«Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.»

Ocho. Se modifica el artículo 179, que queda redactado como sigue:

«Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.»

Nueve. Se modifica el artículo 180, que queda redactado como sigue:

«Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

1.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.^a Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

6.^a Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 35

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

Diez. Se suprime la rúbrica y el contenido del capítulo II del título VIII del libro II.

Once. Se modifica la numeración y la rúbrica del capítulo II bis del título VIII del libro II, que pasa a ser el capítulo II y queda redactada como sigue:

«CAPÍTULO II

De las agresiones sexuales a menores de 16 años»

Doce. Se modifica la numeración y el contenido del artículo 183, que pasa a ser el artículo 181, quedando redactado como sigue:

«Artículo 181.

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.

3. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1 de este artículo, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.
- e) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
- g) Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
- h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 36

Trece. Se modifica la numeración y contenido del artículo 183 bis, que pasa a ser el artículo 182, quedando redactado como sigue:

«Artículo 182.

1. El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años.»

Catorce. Se modifica la numeración y el contenido del artículo 183 ter, que pasa a ser el artículo 183, quedando redactado como sigue:

«Artículo 183.

1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.»

Quince. Se modifica la numeración y el contenido del artículo 183 quater, que pasa a ser el artículo 183 bis, quedando redactado como sigue:

«Artículo 183 bis.

Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.»

Dieciséis. Se modifica el artículo 184, que queda redactado como sigue:

«Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 37

años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.

4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Diecisiete. Se modifica el artículo 187, que queda redactado como sigue:

«Artículo 187.

1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de tres a seis años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado anterior.

3. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena superior en grado.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima, incluida la salud sexual o reproductiva.

d) Cuando la víctima se encontrara en estado de gestación.

4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones sexuales cometidos sobre la persona prostituida.»

Dieciocho. Se introduce un nuevo artículo 187 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 187 bis.

El que con ánimo de lucro y de manera habitual destine un inmueble, local o establecimiento, o cualquier otro espacio, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194 de este Código.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado 1 del artículo 187.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 38

Diecinueve. Se modifica el artículo 189 ter, que queda redactado como sigue:

«Artículo 189 ter.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.
- c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.
- d) Disolución de la persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.7 b) de este Código, pudiendo decretarse, atendidas las reglas recogidas en el artículo 66 bis, las demás penas previstas en el mismo que sean compatibles con la disolución.»

Veinte. Se modifica la ubicación y el contenido del artículo 190, que pasa a incluirse en el capítulo VI del título VIII del libro II y queda redactado como sigue:

«Artículo 190.

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Título, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.»

Veintiuno. Se modifica el apartado 1 del artículo 191, que queda redactado como sigue:

«1. Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.»

Veintidós. Se modifica el artículo 194, que queda redactado como sigue:

«Artículo 194.

En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, se decretará en la sentencia condenatoria su clausura definitiva. La clausura podrá adoptarse también con carácter cautelar.»

Veintitrés. Se introduce un nuevo artículo 194 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 194 bis.

Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen.»

Veinticuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 443, que queda redactado como sigue:

«2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 39

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Se modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue:

«2. Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta ley las víctimas de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 2, que queda redactado como sigue:

«1. Podrán acceder a estas ayudas quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España, o quienes sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio.

Asimismo, podrán acceder a las ayudas las mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, o víctima de violencia de género en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.

La condición de víctima de violencia de género o violencia sexual deberá acreditarse por cualquiera de los siguientes medios de prueba:

- a) A través de la sentencia condenatoria.
- b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado como medida cautelar de protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del inculpado.
- c) De la forma establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

En el caso de fallecimiento consecuencia de la violencia sufrida, lo previsto en los párrafos anteriores será exigible respecto de las personas beneficiarias a título de víctimas indirectas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual de la víctima fallecida.»

Tres. Se modifican los apartados 2 y 4 del artículo 6, quedando redactados como sigue:

«2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:

- a) La situación económica de la víctima y de la persona beneficiaria.
- b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y de la persona beneficiaria.
- c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1.b) de esta ley.

En el supuesto de que la afectada sea cuando la afectada sea víctima de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, o víctima de violencia de género en los términos previstos en el artículo 2.1 de esta ley, el importe de la ayuda, calculado de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, se incrementará en un veinticinco por ciento. En los casos de muerte consecuencia de alguna de estas formas de violencia, la ayuda será incrementada en un veinticinco por ciento para beneficiarios hijos menores de edad o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 40

«4. En los supuestos de violencias sexuales y de violencias de género que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará la reparación económica de los daños y perjuicios sufridos, debiendo ser evaluados, al menos, los siguientes conceptos:

- a) El daño físico y mental, incluido el daño a la dignidad, el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional.
- b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.
- d) El daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad.
- e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.
- f) Las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas.

Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.

En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.»

Cuatro. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 7, con el siguiente tenor literal:

«No obstante, en el supuesto de violencias sexuales y de violencia de género, el plazo de prescripción será de tres años y no afectará el transcurso del mismo desde que se produjo el hecho causante, comenzando a contarse en todo caso desde que recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso o desde el momento en que se acredite su condición de víctima conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, o el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de la presente ley.

Si no se hubiera sustanciado procedimiento judicial, el plazo de prescripción de tres años comenzará a contar desde la comisión del hecho delictivo.»

Cinco. Se modifica el párrafo e) del apartado 2 del artículo 9, que queda redactado como sigue:

«e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento de la persona culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.»

Seis. Se modifican los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10, que quedan redactados como sigue:

«1. Podrán concederse ayudas provisionales con anterioridad a que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, siempre que quede acreditada la precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios.

Reglamentariamente se determinarán los criterios en virtud de los cuales se considerará precaria la situación económica de la víctima del delito, a los efectos de poder acceder a la concesión de ayudas provisionales.

En los supuestos en que la víctima del delito tenga la consideración de víctima de violencias sexuales o de violencia de género, en los términos previstos en el artículo 2.1 de esta ley, podrán concederse las ayudas provisionales cualquiera que sea la situación económica de la víctima o de sus beneficiarios.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 41

«3. La solicitud de ayuda provisional deberá contener, además de los extremos a que se refiere el artículo 66.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas, los siguientes datos:

a) La calificación de las lesiones o daños a la salud, así como los daños a las víctimas de violencias sexuales, realizada por el órgano y mediante el procedimiento que se determine reglamentariamente.

b) Acreditación documental del fallecimiento en su caso y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

c) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento, las lesiones o los daños se han producido por un hecho con caracteres de delito violento, doloso o contra la libertad sexual.

4. La ayuda provisional no podrá ser superior al 80 por 100 del importe máximo de ayuda establecido por esta ley para los supuestos de muerte, lesiones corporales graves, daños graves en la salud o daños por delitos contra la libertad sexual, según corresponda.

Su cuantía se establecerá mediante la aplicación de los coeficientes correctores a los que se refiere el artículo 6.2.»

Siete. Se modifica el apartado 5 del artículo 15, que queda redactado como sigue:

«5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º o 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya resolución judicial firme, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal, una vez recabado el informe forense, vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la información relativa a la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley.

El Ministerio Fiscal actuará de la misma manera en los casos en que no se haya sustanciado proceso por haberse acreditado la violencia por medios no judiciales.»

Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Se modifica el artículo 31 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales.

1. Las mujeres extranjeras, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en caso de que sean víctimas de violencia de género; y los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, en caso de que sean víctimas de violencias sexuales; así como, en ambos casos, a las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género o de violencia sexual contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 42

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género o de violencia sexual, incluido el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.»

Disposición final séptima. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Se añade una nueva letra i) al apartado 4 del artículo 2, con el siguiente tenor literal:

«i) Las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales concedidas según lo establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.»

Disposición final octava. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se modifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el párrafo d) del apartado 1 del artículo 37, que queda redactado como sigue:

«d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia sexual y de género.»

Dos. Se modifica el párrafo d) del apartado 1 del artículo 38, que queda redactado como sigue:

«d) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia sexual y de género.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 43

Tres. Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

«Artículo 48. Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo.

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.»

Cuatro. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

«Artículo 66. Aplicación de las normas referidas al personal de las administraciones públicas a las Fuerzas Armadas.

Las normas referidas al personal al servicio de las administraciones públicas en materia de igualdad, protección integral contra la violencia sexual y de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.»

Cinco. Se modifica el artículo 68, que queda redactado como sigue:

«Artículo 68. Aplicación de las normas referidas al personal de las administraciones públicas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Las normas referidas al personal al servicio de las administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia sexual y de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica.»

Disposición final novena. Modificación de la de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Se modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 5 del artículo 14, que queda redactado como sigue:

«5. La trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de violencia de género o de violencias sexuales tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Dos. Se modifica el párrafo g) del apartado 1 del artículo 15, que queda redactado como sigue:

«g) Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencias sexuales.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 44

Tres. Se modifica el párrafo f) del apartado 1 del artículo 16, que queda redactado como sigue:

«f) La situación de violencia de género o de violencias sexuales, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Disposición final décima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Se modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 3, que queda redactado como sigue:

«1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.»

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 5 y su párrafo m), que quedan redactados como sigue:

«1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, de manera inmediata, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:

[...]

m) Derecho a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.»

Tres. Se modifican el apartado 1 del artículo 7, que quedan redactados como sigue:

«1. Toda víctima será informada de manera inmediata de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones.»

Cuatro. Se modifica el artículo 10, que queda redactado como sigue:

«Artículo 10. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

Toda víctima tiene derecho a acceder, de forma gratuita y confidencial, en los términos que reglamentariamente se determine, a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las administraciones públicas, así como a los que presten las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Este derecho podrá extenderse a los familiares de la víctima, en los términos que asimismo se establezcan reglamentariamente, cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

Las autoridades o funcionarios que entren en contacto con las víctimas deberán derivarlas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas cuando resulte necesario en atención a la gravedad del delito o en aquellos casos en los que la víctima lo solicite.

Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia sexual o de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los títulos I y III de esta ley.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 45

Cinco. Se modifica el párrafo a) del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 23, que quedan redactados como sigue:

«2. Esta valoración tendrá especialmente en consideración:

a) Las características y circunstancias personales de la víctima y en particular:»

«4. En el caso de víctimas de algún delito contra la libertad sexual se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 25.1.»

Seis. Se modifican los párrafos b) y d) del apartado 1 del artículo 25, que quedan redactadas como sigue:

«b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, así como en perspectiva de género, o con su ayuda.»

«d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona, que además de cumplir los requisitos previstos en el apartado b), sea del mismo sexo que la víctima, cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.»

Siete. Se modifica el artículo 26, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 26. Medidas de protección para menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales.

1. En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, y víctimas de violencias sexuales, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de personas expertas.»

Ocho. Se modifica el artículo 34, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 34. Sensibilización.

Los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la imagen, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social.»

Disposición final undécima. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Se modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 42, que queda redactado como sigue:

«1. El militar que maltrata de obra a un superior o atentare contra su libertad sexual será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad sexual efectivamente cometidas, conforme al Código Penal.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 46

Dos. Se modifica el artículo 47, que queda redactado como sigue:

«Artículo 47.

El superior que tratare a una persona subordinada de manera degradante, inhumana o humillante, o le agrediere sexualmente, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos o por la agresión sexual conforme al Código Penal.»

Tres. Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

«Artículo 48.

El superior que, respecto de una persona subordinada, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.»

Cuatro. Se modifica el artículo 49, que queda redactado como sigue:

«Artículo 49.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o le agrediere sexualmente, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad sexual efectivamente cometidas, conforme al Código Penal.»

Disposición final duodécima. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 8 del artículo 37, que quedará redactado como sigue:

«8. Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctima de violencia de género, de violencias sexuales o de terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a estas, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 47

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 40, que queda redactado como sigue:

«4. Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, de víctimas del terrorismo o de víctimas de violencias sexuales, que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a las personas trabajadoras las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de entre seis y doce meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban las personas trabajadoras.

Terminado este periodo, las personas trabajadoras podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso la obligación de reserva, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.»

Tres. Se modifica el párrafo n) del apartado 1 del artículo 45, que queda redactado como sigue:

«n) Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia sexual o de género.»

Cuatro. Se modifica el párrafo m) del apartado 1 del artículo 49, que queda redactado como sigue:

«m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia sexual o de género.»

Cinco. Se modifica el párrafo b) del apartado 4 del artículo 53, que queda redactado como sigue:

«b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el párrafo a) el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia sexual o de violencia género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

Seis. Se modifica el párrafo b) del apartado 5 del artículo 55, que queda redactado como sigue:

«b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el párrafo a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia sexual o de género por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 48

Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el título del artículo 49 y su párrafo d), que queda redactado como sigue:

«Artículo 49. Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

«d) Permiso por razón de violencia de género o de violencia sexual sobre la mujer funcionaria: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género o de violencias sexuales, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda.

Asimismo, las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer o de violencias sexuales, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración Pública competente en cada caso.

En el supuesto enunciado en el párrafo anterior, la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos.»

Dos. Se modifica el título del artículo 82 y su apartado 1, que queda redactado como sigue:

«Artículo 82. Movilidad por razón de violencia de género o de violencia sexual y por razón de violencia terrorista.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género o de violencia sexual que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género o con la violencia sexual, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.»

Tres. Se modifica el párrafo d) del apartado 1 y el apartado 5 del artículo 89, que quedan redactados como sigue:

«d) Excedencia por razón de violencia de género o de violencia sexual.»

«5. Las funcionarias víctimas de violencia de género o de violencia sexual, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñarán, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.

Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 49

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 5 del artículo 165, que queda redactado como sigue:

«5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para supuestos de violencia de género o violencia sexual, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.»

Dos. Se modifica el último párrafo del párrafo d) del apartado 1 del artículo 207, que queda redactado como sigue:

«La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género o violencia sexual dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 224, que queda redactado como sigue:

«1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas del causante o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, en el momento de la muerte, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c).

Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del artículo 219.1.

Tendrán derecho a la prestación de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, y en todo caso cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

En el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta prestación, el importe conjunto de las mismas podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.»

Cuatro. Se modifica el ordinal 2.º del párrafo b) del apartado 1 del artículo 267, que queda redactado como sigue:

«2.º Por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia sexual o de género al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»

Cinco. Se modifica el párrafo b) del apartado 3 del artículo 267, que queda redactado como sigue:

«La situación legal de desempleo prevista en los apartados 1.a).5.º y 1.b).2.º de este artículo cuando se refieren, respectivamente, a los supuestos de los artículos 49.1.m) y 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 50

protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.»

Seis. Se modifica el párrafo b) del apartado 4 del artículo 271, que queda redactado como sigue:

«b) Previa solicitud del interesado, en los supuestos recogidos en los párrafos b), c), d), e), f) y g) del apartado 1, siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo o inscripción como demandante de empleo en el caso de los trabajadores por cuenta propia, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares. En el supuesto de la letra d) del apartado 1, en lo referente a los trabajadores por cuenta propia que causen alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la prestación por desempleo podrá reanudarse cuando el trabajo por cuenta propia sea de duración inferior a sesenta meses.

Los trabajadores por cuenta propia que soliciten la reanudación de la prestación o subsidio por desempleo con posterioridad a los veinticuatro meses desde el inicio de la suspensión deberán acreditar que el cese en la actividad por cuenta propia tiene su origen en la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, fuerza mayor determinante del cese, pérdida de licencia administrativa, violencia de género, violencia sexual, divorcio o separación matrimonial, cese involuntario en el cargo de consejero o administrador de una sociedad o en la prestación de servicios a la misma y extinción del contrato suscrito entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, todo ello en los términos previstos reglamentariamente.

Si tras el cese en el trabajo por cuenta propia el trabajador tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior.

El derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se considerará reactivado el compromiso de actividad a que se refiere el artículo 300, salvo en aquellos casos en los que la entidad gestora exija la suscripción de un nuevo compromiso.

Si se presenta la solicitud transcurrido el plazo citado, se producirán los efectos previstos en los artículos 268.2 y 276.1.

En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado, será de aplicación lo establecido en el artículo 268.3.»

Siete. Se modifica el artículo 300, que queda redactado como sigue:

«Artículo 300. Compromiso de actividad.

A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en el artículo anterior.

El Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo autonómicos requerirán a los beneficiarios de prestaciones por desempleo para que acrediten ante ellos, en la forma que determinen en el marco de la colaboración mutua, la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad.

Para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.»

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 51

Ocho. Se modifica el párrafo b) del apartado 1 del artículo 329, que queda redactado como sigue:

«b) El abono de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo al régimen correspondiente. A tales efectos, el órgano gestor se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad. La base de cotización durante ese período corresponde a la base reguladora de la prestación por cese de actividad en los términos establecidos en el artículo 339, sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior al importe de la base mínima o base única de cotización prevista en el correspondiente régimen.

En los supuestos previstos en el artículo 331.1.d, no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, estando a lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y en el artículo 37.5 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.»

Nueve. Se modifica el párrafo d) del apartado 1 del artículo 331, que queda redactado como sigue:

«d) La violencia de género o la violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma.»

Diez. Se modifica el párrafo c) del apartado 1 del artículo 332, que queda redactado como sigue:

«c) La violencia de género o la violencia sexual, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.»

Once. Se modifica el ordinal 4.º del párrafo a) del apartado 1 del artículo 335 que queda redactado como sigue:

«4.º Por causa de violencia de género o violencia sexual, en las socias trabajadoras.»

Doce. Se modifica el párrafo d) del apartado 2 del artículo 335, que queda redactado como sigue:

«d) En el caso de violencia de género o violencia sexual, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su prestación de trabajo en la sociedad cooperativa, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. La declaración ha de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.»

Trece. Se modifica el párrafo d) del artículo 336, que queda redactado como sigue:

«d) La violencia de género o violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la profesión de la trabajadora autónoma.»

Catorce. Se modifica el apartado 2 del artículo 337, que queda redactado como sigue:

«2. El reconocimiento de la situación legal de cese de actividad se podrá solicitar hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de actividad. No obstante, en las situaciones legales de cese de actividad causadas por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, de fuerza mayor, por violencia de género, violencia sexual, por voluntad del cliente, fundada en causa justificada y por muerte, incapacidad y jubilación del cliente, el plazo comenzará a computar a partir de la fecha que se hubiere hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten la concurrencia de tales situaciones.»

Disposición final decimoquinta. Naturaleza y rango jurídico.

Las normas contenidas en el título preliminar y las disposiciones finales primera, cuarta, sexta y undécima tienen rango orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta ley orgánica no tienen tal carácter.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie A Núm. 62-1

26 de julio de 2021

Pág. 52

Disposición final decimosexta. Título competencial.

La presente ley orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1. 1.^a, 2.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 13.^a, 16.^a, 17.^a, 18.^a, 21.^a, 27.^a, 29.^a, 30.^a y 31.^a de la Constitución Española.

Las disposiciones finales por las que se modifican otras normas de ámbito estatal se dictan al amparo de los mismos preceptos en que el Estado basó su competencia cuando las dictó.

Disposición final decimoséptima. Especialización en violencias sexuales.

1. En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados.

2. Del mismo modo y en el plazo establecido en el apartado anterior, se procederá a regular la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados de violencia sobre la mujer y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley orgánica, así como a la realización de las modificaciones legislativas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente disposición.

Disposición final decimoctava. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica.

Disposición final decimonovena. Fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley por la que se cree y se regule un Fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual destinado a financiar las medidas de reparación a las víctimas previstas en el título VII de esta ley.

Disposición final vigésima. Modificaciones reglamentarias.

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, procederá a la modificación del Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

En el plazo mencionado en el apartado anterior, el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente ley orgánica.

Disposición final vigesimoprimer. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley orgánica.

Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO III

**Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención
y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en
Estambul el 11 de mayo de 2011.**

I. DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

5947 *Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

El día 11 de mayo de 2011, el Plenipotenciario de España firmó *ad referendum* en Estambul el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en la misma ciudad y fecha,

Vistos y examinados el preámbulo, los ochenta y un artículos y el anejo de dicho Convenio,

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Manifiesto el consentimiento de España en obligarse por este Convenio y *expido* el presente instrumento de ratificación firmado por Mí y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, con las siguientes Declaraciones:

«Para el caso en el que el presente Convenio sea ratificado por el Reino Unido y extendido al territorio de Gibraltar, España desea formular la siguiente Declaración:

1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo.

3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que producen cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos precedentes.

4. El procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos Tratados Internacionales acordados por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007 (junto al “Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y CE y Tratados conexos”, de 19 de abril de 2000) se aplica al presente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado *ad referendum* por España el 11 de mayo de 2011.

5. La aplicación a Gibraltar del presente Convenio no puede ser interpretada como reconocimiento de cualquiera derechos o situaciones relativas a los espacios que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España y Gran Bretaña.»

«España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad.»

Dado en Madrid, 18 de marzo de 2014.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación,
JOSÉ MANUEL GARCÍA-MARGALLO MARFIL

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás signatarios del presente Convenio,

Recordando el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (STE n.º 5, 1950) y sus Protocolos, la Carta Social Europea (STE n.º 35, 1961, revisada en 1996, STE n.º 163), el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (STCE n.º 197, 2005) y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n.º 201, 2007);

Recordando las siguientes recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados del Consejo de Europa: Recomendación Rec(2002)5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia, Recomendación CM/Rec(2007)17 sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres, Recomendación CM/Rec(2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz, y las demás recomendaciones pertinentes;

Teniendo en cuenta el volumen creciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece normas importantes en materia de violencia contra las mujeres;

Considerando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («CEDCM», 1979) y su Protocolo facultativo (1999) así como la Recomendación general n.º 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas (2006);

Considerando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002);

Recordando los principios básicos del derecho humanitario internacional, y en particular el Convenio (IV) de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949) y sus Protocolos adicionales I y II (1977);

Condenando toda forma de violencia contra la mujer y de violencia doméstica;

Reconociendo que la realización *de jure* y *de facto* de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer;

Reconociendo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación;

Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres;

Reconociendo con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres;

Reconociendo las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de la violencia basada en el género tanto durante como después de los conflictos;

Reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género;

Reconociendo que la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica;

Reconociendo que los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia;

Aspirando a crear una Europa libre de violencia contra la mujer y de violencia doméstica;

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I

Objetivos, definiciones, igualdad y no discriminación, obligaciones generales

ARTÍCULO 1

Objetivos del Convenio

1. Los objetivos del presente Convenio son:
 - a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
 - b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;
 - c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
 - d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
 - e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
2. Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico.

ARTÍCULO 2

Ámbito de aplicación del Convenio

1. El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.
2. Se alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica. Las Partes prestarán especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género en la aplicación del presente Convenio.
3. El presente Convenio se aplicará en tiempo de paz y en situación de conflicto armado.

ARTÍCULO 3

Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

- a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;
- b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;
- f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.

ARTÍCULO 4

Derechos fundamentales, igualdad y no discriminación

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.
2. Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular:
 - Indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio;
 - Prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones;
 - Derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer.
3. La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación.
4. Las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la violencia por razones de género no se consideran discriminatorias en el presente Convenio.

ARTÍCULO 5

Obligaciones del Estado y diligencia debida

1. Las Partes de abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales.

ARTÍCULO 6

Políticas sensibles al género.

Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres.

CAPÍTULO II

Políticas integradas y recogida de datos

ARTÍCULO 7

Políticas globales y coordinadas

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para adoptar y poner en práctica políticas nacionales efectivas, globales y coordinadas, incluyendo todas las medidas pertinentes para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, y ofrecer una respuesta global a la violencia contra la mujer.

2. Las Partes velarán por que las políticas mencionadas en el apartado 1 pongan los derechos de la víctima en el centro de todas las medidas y se apliquen por medio de una cooperación efectiva entre todas las agencias, instituciones y organizaciones pertinentes.

3. Las medidas tomadas conforme al presente artículo deberán implicar, en su caso, a todos los actores pertinentes como las agencias gubernamentales, los parlamentos y las autoridades nacionales, regionales y locales, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil.

ARTÍCULO 8

Recursos financieros

Las Partes dedicarán recursos financieros y humanos adecuados para la correcta aplicación de políticas integradas, medidas y programas dirigidos a prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, incluidos los que realicen las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil.

ARTÍCULO 9

Organizaciones no gubernamentales y sociedad civil

Las Partes reconocerán, fomentarán y apoyarán, a todos los niveles, el trabajo de las organizaciones no gubernamentales pertinentes y de la sociedad civil que sean activas

en la lucha contra la violencia contra la mujer y establecerán una cooperación efectiva con dichas organizaciones.

ARTÍCULO 10

Órgano de coordinación

1. Las Partes designarán o crearán una o varias entidades oficiales responsables de la coordinación, aplicación, seguimiento y evaluación de las políticas y medidas tomadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el presente Convenio. Estas entidades coordinarán la recogida de datos a que se refiere el artículo 11, y analizarán y difundirán los resultados.

2. Las Partes velarán por que las entidades designadas o creadas con arreglo al presente artículo reciban informaciones de naturaleza general relativas a las medidas tomadas conforme al Capítulo VIII.

3. Las Partes velarán por que las entidades designadas o creadas con arreglo al presente artículo tengan capacidad para comunicar directamente y fomentar relaciones con sus homólogas de las otras Partes.

ARTÍCULO 11

Recogida de datos e investigación

1. A los fines de la aplicación del presente Convenio, las Partes se comprometen a:

a) Recoger los datos estadísticos detallados pertinentes, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio;

b) Apoyar la investigación en los ámbitos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, con el fin de estudiar sus causas profundas y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas tomadas para aplicar el presente Convenio.

2. Las Partes se esforzarán por realizar encuestas basadas en la población, a intervalos regulares, para evaluar la amplitud y las tendencias de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

3. Las Partes proporcionarán las informaciones recogidas con arreglo al presente artículo al grupo de expertos a que se refiere el artículo 66 del presente Convenio, con el fin de estimular la cooperación internacional y permitir una comparación internacional.

4. Las Partes velarán por que las informaciones recogidas con arreglo al presente artículo se pongan a disposición del público.

CAPÍTULO III

Prevención

ARTÍCULO 12

Obligaciones generales

1. Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica.

3. Todas las medidas tomadas conforme al presente capítulo tendrán en cuenta y tratarán las necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas.

4. Las Partes tomarán las medidas necesarias para animar a todos los miembros de la sociedad, en particular los hombres y los niños, a contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

5. Las Partes velarán por que no se considere que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el supuesto «honor» justifican actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

6. Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover programas y actividades para el empoderamiento de las mujeres.

ARTÍCULO 13

Sensibilización

1. Las Partes promoverán o dirigirán, regularmente y a todos los niveles, campañas o programas de sensibilización, incluso en cooperación con las instituciones nacionales de derechos humanos y las entidades competentes en materia de igualdad, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, en particular las organizaciones de mujeres, en su caso, para incrementar la concienciación y la comprensión por el público en general de las distintas manifestaciones de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y sus consecuencias en los menores, y de la necesidad de prevenirlos.

2. Las Partes garantizarán la amplia difusión entre el público en general de información sobre las medidas disponibles para prevenir los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

ARTÍCULO 14

Educación

1. Las Partes emprenderán, en su caso, las acciones necesarias para incluir en los programas de estudios oficiales y a todos los niveles de enseñanza material didáctico sobre temas como la igualdad entre mujeres y hombres, los papeles no estereotipados de los géneros, el respeto mutuo, la solución no violenta de conflictos en las relaciones interpersonales, la violencia contra la mujer por razones de género, y el derecho a la integridad personal, adaptado a la fase de desarrollo de los alumnos.

2. Las Partes emprenderán las acciones necesarias para promover los principios mencionados en el apartado 1 en las estructuras educativas informales así como en las estructuras deportivas, culturales y de ocio, y en los medios de comunicación.

ARTÍCULO 15

Formación de profesionales

1. Las Partes impartirán o reforzarán la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria.

2. Las Partes fomentarán la inclusión en la formación a que se refiere el apartado 1 de una formación en materia de cooperación coordinada e interinstitucional con el fin de permitir una gestión global y adecuada de las directrices en los asuntos de violencia incluidos en el ámbito del presente Convenio.

ARTÍCULO 16

Programas preventivos de intervención y tratamiento

1. Las Partes tomarán medidas legislativas u otras necesarias para crear o apoyar programas dirigidos a enseñar a quienes ejerzan la violencia doméstica a adoptar un comportamiento no violento en las relaciones interpersonales para prevenir nuevas violencias y cambiar los esquemas de comportamiento violentos.

2. Las Partes tomarán medidas legislativas u otras necesarias para crear o apoyar programas de tratamiento dirigidos a prevenir la reincidencia de los autores de delitos, en particular los autores de delitos de carácter sexual.

3. Al tomar las medidas mencionadas en los apartados 1 y 2, las Partes velarán por que la seguridad, el apoyo y los derechos humanos de las víctimas sean una prioridad y que, en su caso, se creen y apliquen esos programas en estrecha coordinación con los servicios especializados en el apoyo a las víctimas.

ARTÍCULO 17

Participación del sector privado y los medios de comunicación

1. Las Partes animarán al sector privado, al sector de las tecnologías de la información y de la comunicación y a los medios de comunicación, respetando la libertad de expresión y su independencia, a participar en la elaboración y aplicación de políticas, así como a establecer líneas directrices y normas de autorregulación para prevenir la violencia contra la mujer y reforzar el respeto de su dignidad.

2. Las Partes desarrollarán y promoverán, en cooperación con los actores del sector privado, las capacidades de niños, padres y educadores para hacer frente a un entorno de tecnologías de la información y de la comunicación que da acceso a contenidos degradantes de carácter sexual o violento que pueden ser nocivos.

CAPÍTULO IV

Protección y apoyo

ARTÍCULO 18

Obligaciones generales

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias, conforme a su derecho interno, para velar por que existan mecanismos adecuados para poner en práctica una cooperación eficaz entre todas las agencias estatales pertinentes, incluidas las autoridades judiciales, los fiscales, las fuerzas y cuerpos de seguridad, las autoridades locales y regionales, así como las organizaciones no gubernamentales y las demás organizaciones o entidades pertinentes para la protección y el apoyo a las víctimas y testigos de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, remitiéndose incluso a los servicios de apoyo generales y especializados a que se refieren los artículos 20 y 22 del presente Convenio.

3. Las Partes velarán por que las medidas tomadas conforme al presente capítulo:

- Se basen en una comprensión fundamentada en el género de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y se concentren en los derechos humanos y la seguridad de la víctima;
- Se basen en un enfoque integrado que tome en cuenta la relación entre las víctimas, los autores de los delitos, los niños y su entorno social más amplio;
- Estén dirigidas a evitar la victimización secundaria;
- Estén dirigidas al empoderamiento e independencia económica de las mujeres víctimas de violencia;
- Permitan, en su caso, el establecimiento de un conjunto de servicios de protección y apoyo en los mismos locales;
- Respondan a las necesidades específicas de las personas vulnerables, incluso los hijos de las víctimas, y sean accesibles para ellos.

4. La prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito.

5. Las Partes tomarán las medidas adecuadas para garantizar la protección consular u otra, y el apoyo a sus nacionales y a las demás víctimas que tengan derecho a esa protección conforme a las obligaciones derivadas del derecho internacional.

ARTÍCULO 19

Información

Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas reciban una información adecuada y en el momento oportuno sobre los servicios de apoyo y las medidas legales disponibles en una lengua que comprendan.

ARTÍCULO 20

Servicios de apoyo generales

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan acceso a servicios que faciliten su restablecimiento. Estas medidas deberían incluir, en caso necesario, servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico, la asistencia financiera, los servicios de alojamiento, la educación, la formación y la asistencia en materia de búsqueda de empleo.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan acceso a servicios de salud y servicios sociales, que los servicios dispongan de recursos adecuados y que los profesionales estén formados para prestar asistencia a las víctimas y orientarlas hacia servicios adecuados.

ARTÍCULO 21

Apoyo en materia de denuncias individuales/colectivas

Las Partes velarán por que las víctimas se beneficien de información sobre los mecanismos regionales e internacionales de demandas individuales/colectivas aplicables y del acceso a dichos mecanismos. Las Partes promoverán la puesta a disposición de un apoyo a las víctimas sensible y consciente en la presentación de sus demandas.

ARTÍCULO 22

Servicios de apoyo especializado

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para suministrar o adecuar, según un reparto geográfico adecuado, servicios de apoyo especializado

inmediatos, a corto o largo plazo, a toda víctima que haya sido objeto de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las Partes suministrarán o adecuarán servicios de apoyo especializados para todas las mujeres víctimas de violencia y sus hijos.

ARTÍCULO 23

Casas de acogida

Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para permitir la creación de casas de acogida apropiadas, fácilmente accesibles y en número suficiente, para ofrecer alojamiento seguro a las víctimas, en particular las mujeres y sus hijos, y para ayudarlas de manera eficaz.

ARTÍCULO 24

Guardias telefónicas

Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para establecer a nivel nacional guardias telefónicas gratuitas, accesibles las 24 horas del día, siete días por semana, para proporcionar a las personas que llamen, confidencialmente o respetando su anonimato, consejos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

ARTÍCULO 25

Apoyo a las víctimas de violencia sexual

Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para permitir la creación de centros de ayuda de emergencia para las víctimas de violaciones y de violencias sexuales, apropiados, fácilmente accesibles y en número suficiente, para realizarles un reconocimiento médico y médico forense, y darles un apoyo vinculado al traumatismo y consejos.

ARTÍCULO 26

Protección y apoyo a los menores expuestos

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en la oferta de servicios de protección y apoyo a las víctimas, se tengan en cuenta adecuadamente los derechos y necesidades de los menores expuestos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las medidas tomadas con arreglo al presente artículo incluirán los consejos psicosociales adaptados a la edad de los menores expuestos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y tendrán en cuenta debidamente el interés superior del niño.

ARTÍCULO 27

Denuncia

Las Partes tomarán las medidas necesarias para alentar a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio, o que tenga serias razones para creer que se podría cometer algún acto o que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos de violencia, para que lo denuncie a las organizaciones u autoridades competentes.

ARTÍCULO 28

Denuncia por profesionales

Las Partes tomarán las medidas necesarias para que las normas de confidencialidad impuestas por sus legislaciones internas a ciertos profesionales no impidan, en condiciones apropiadas, hacer una denuncia a las organizaciones u autoridades competentes si tienen razones serias para creer que se ha cometido un acto grave de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio y que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos graves de violencia.

CAPÍTULO V

Derecho material

ARTÍCULO 29

Acciones y recursos civiles

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para proporcionar a las víctimas recursos civiles adecuados contra el autor del delito.
2. Con arreglo a los principios generales de derecho internacional, las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para proporcionar a las víctimas recursos civiles adecuados contra las autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes.

ARTÍCULO 30

Indemnización

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan derecho a solicitar una indemnización por parte de los autores de todo delito previsto en el presente Convenio.
2. El Estado debería conceder una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado. Esto no impide a las Partes requerir al autor del delito el reembolso de la indemnización concedida, siempre que la seguridad de la víctima se tenga en cuenta de manera adecuada.
3. Las medidas tomadas con arreglo al apartado 2 deberán garantizar la concesión de la indemnización en un plazo razonable.

ARTÍCULO 31

Custodia, derecho de visita y seguridad

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

ARTÍCULO 32

Consecuencias civiles de los matrimonios forzosos

Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas.

ARTÍCULO 33

Violencia psicológica

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas.

ARTÍCULO 34

Acoso

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad.

ARTÍCULO 35

Violencia física

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de cometer actos de violencia física sobre otra persona.

ARTÍCULO 36

Violencia sexual, incluida la violación

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

ARTÍCULO 37

Matrimonios forzosos

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio.

ARTÍCULO 38

Mutilaciones genitales femeninas

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado:

- a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer;
- b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin;
- c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin.

ARTÍCULO 39

Aborto y esterilización forzosos

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado:

- a) La práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado;
- b) El hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento.

ARTÍCULO 40

Acoso sexual

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.

ARTÍCULO 41

Asistencia o complicidad y tentativa

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando sea intencionada, la asistencia o la complicidad en la comisión de los delitos previstos en los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38 a) y 39 del presente Convenio.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando sea intencionada, la tentativa de comisión de los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 a) y 39 del presente Convenio.

ARTÍCULO 42

Justificación inaceptable de los delitos penales, incluidos los delitos cometidos supuestamente en nombre del «honor»

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la incitación hecha por cualquier persona a un menor para que cometa cualquiera de los actos mencionados en el apartado 1 no disminuya la responsabilidad penal de dicha persona en relación con los actos cometidos.

ARTÍCULO 43

Sanción de los delitos penales

Los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.

ARTÍCULO 44

Competencia

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando el delito sea cometido:

- a) En su territorio; o
- b) A bordo de un buque que enarbole su pabellón; o
- c) A bordo de una aeronave matriculada de conformidad con sus leyes internas; o
- d) Por uno de sus nacionales; o
- e) Por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio.

2. Las Partes se esforzarán por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio.

3. A efectos de la persecución de los delitos previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio, las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia no esté subordinada a la condición de que los hechos también estén tipificados en el territorio en el que se hayan cometido.

4. A efectos de la persecución de los delitos previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio, las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia con respecto a los puntos d) y e) del apartado 1 no esté subordinada a la condición de que la apertura de diligencias venga precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el delito haya sido cometido.

5. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio en los casos en los que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte únicamente por razón de su nacionalidad.

6. Cuando varias Partes reivindiquen su competencia con respecto a un presunto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes en cuestión se pondrán de acuerdo, en su caso, a efectos de determinar aquella que se encuentre en mejor situación de tramitar las diligencias.

7. Sin perjuicio de las normas generales de derecho internacional, el presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte de conformidad con su legislación interna.

ARTÍCULO 45

Sanciones y medidas

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos previstos en el presente Convenio sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición.

2. Las Partes podrán adoptar otras medidas en relación con los autores de los delitos, tales como:

- El seguimiento o la vigilancia de la persona condenada;
- La pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma.

ARTÍCULO 46

Circunstancias agravantes

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:

- a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad;
- b) Que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;
- c) Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;
- d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;
- e) Que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;
- f) Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;
- g) Que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma;
- h) Que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima;
- i) Que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza.

ARTÍCULO 47

Condenas en otra Parte

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prever la posibilidad de tener en cuenta, en el marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes dictadas en otra de las Partes por los delitos previstos en el presente Convenio.

Artículo 48. *Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas.*

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en el caso de que se condene al pago de una multa, se tenga debidamente en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima.

CAPÍTULO VI

Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección

ARTÍCULO 49

Obligaciones generales

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio.

ARTÍCULO 50

Respuesta inmediata, prevención y protección

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes respondan de forma rápida y eficaz a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio ofreciendo protección adecuada e inmediata a las víctimas.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes tomen de forma rápida y adecuada medidas de prevención y protección frente a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, incluidas las medidas operativas preventivas y la recogida de pruebas.

ARTÍCULO 51

Valoración y gestión de riesgos

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que todas las autoridades pertinentes puedan llevar a cabo una valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la valoración mencionada en el apartado 1 tenga debidamente en cuenta, en todas las fases de la investigación y de la aplicación de las medidas de protección, el hecho de que el autor de actos de violencia incluidos en el campo de aplicación del presente Convenio posea o tenga acceso a armas de fuego.

ARTÍCULO 52

Órdenes urgentes de prohibición

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las autoridades competentes dispongan de la facultad de ordenar, en situaciones de peligro inmediato, que el autor del acto de violencia doméstica abandone la residencia de la víctima o de la persona en peligro por un periodo de tiempo suficiente y de prohibir que el autor entre en el domicilio de la víctima o de la persona en peligro o contacte con ella. Las medidas adoptadas de conformidad con el presente artículo deberán dar prioridad a la seguridad de las víctimas o personas en peligro.

ARTÍCULO 53

Mandamientos u órdenes de protección

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio puedan beneficiarse de mandamientos u órdenes de protección adecuados.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los mandamientos u órdenes de protección mencionados en el apartado 1:

- Ofrezcan una protección inmediata y no supongan una carga económica o administrativa excesiva para la víctima;
- Tengan efecto por un periodo determinado o hasta su modificación o revocación;
- En su caso, se dicten sin audiencia a la otra parte con efecto inmediato;
- Puedan disponerse de forma independiente o acumulable a otros procedimientos judiciales;
- Puedan introducirse en procesos judiciales subsiguientes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los mandamientos u órdenes de protección dictados de conformidad con el apartado 1 sean objeto de sanciones legales, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

ARTÍCULO 54

Investigación y pruebas

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario.

ARTÍCULO 55

Procedimientos *ex parte* y *ex officio*

1. Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar, de acuerdo con las condiciones previstas en su derecho interno, la posibilidad de que las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y los consejeros especializados en violencia doméstica puedan asistir y/o apoyar a las víctimas, a petición

de éstas, a lo largo de las investigaciones y procedimientos judiciales relativos a los delitos previstos en el presente Convenio.

ARTÍCULO 56

Medidas de protección

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de las víctimas, incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales, en especial:

a) Velando por que tanto ellas como sus familiares y testigos de cargo estén al amparo de los riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización;

b) Velando por que las víctimas sean informadas, al menos en los casos en que las víctimas y sus familiares pudieran estar en peligro, cuando el autor del delito se evada o salga en libertad de forma temporal o definitiva;

c) Manteniéndolas informadas, según las condiciones establecidas en su derecho interno, de sus derechos y de los servicios existentes a su disposición, así como del curso dado a su demanda, de los cargos imputados, del desarrollo general de la investigación o del procedimiento y de su papel en el mismo, y de la resolución recaída;

d) Dando a las víctimas, de conformidad con las normas procedimentales de su derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de presentar elementos de prueba y de exponer sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones, directamente o a través de un intermediario, y de que éstos sean examinados;

e) Proporcionando a las víctimas una asistencia adecuada para que sus derechos e intereses sean debidamente expuestos y considerados;

f) Velando por que se puedan adoptar medidas para proteger la vida privada y la imagen de la víctima;

g) Velando por que, siempre que sea posible, se evite el contacto entre las víctimas y los autores de los delitos en la sede de los tribunales o de los locales de las fuerzas y cuerpos de seguridad;

h) Proporcionando a las víctimas intérpretes independientes y competentes, cuando las víctimas sean parte en el procedimiento o cuando aporten elementos de prueba;

i) Permitiendo a las víctimas declarar ante el tribunal, de conformidad con las normas de su derecho interno, sin estar presentes, o al menos sin que el presunto autor del delito esté presente, especialmente recurriendo a las tecnologías de la comunicación adecuadas, si se dispone de ellas.

2. Se deberán disponer, en su caso, medidas de protección específicas que tengan en consideración el interés superior del menor que haya sido víctima y testigo de actos de violencia contra la mujer y de violencia doméstica.

ARTÍCULO 57

Asistencia jurídica

Las Partes velarán por que las víctimas tengan derecho a asistencia jurídica y ayuda legal gratuita según las condiciones previstas en su derecho interno.

ARTÍCULO 58

Prescripción

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias a efectos de que el plazo de prescripción para instar un procedimiento relativo a los delitos previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio tenga una duración suficiente y

proporcional a la gravedad del delito de que se trate, a fin de permitir la tramitación eficaz del procedimiento, después de que la víctima haya adquirido la mayoría de edad.

CAPÍTULO VII

Migración y asilo

ARTÍCULO 59

Estatuto de residente

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que se conceda a las víctimas, cuyo estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su derecho interno, previa petición, un permiso de residencia autónomo, en el caso de disolución del matrimonio o de la relación, en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación. Las condiciones relativas a la concesión y a la duración del permiso de residencia autónomo se establecerán de conformidad con el derecho interno.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión iniciados por causa de que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo.

3. Las Partes expedirán un permiso de residencia renovable a las víctimas, en al menos una de las situaciones siguientes:

- a) cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria con respecto a su situación personal;
- b) cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria a los fines de cooperación con las autoridades competentes en el marco de una investigación o de procedimientos penales.

4. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de matrimonios forzados llevadas a otro país a fines de celebración de dichos matrimonios, y que pierdan, en consecuencia, su estatuto de residentes en el país en que residan habitualmente, puedan recuperar este estatuto.

ARTÍCULO 60

Solicitudes de asilo basadas en el género

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la violencia contra la mujer basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1, A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria.

2. Las Partes velarán por la aplicación a cada uno de los motivos del Convenio de una interpretación sensible al género y por que los solicitantes de asilo puedan obtener el estatuto de refugiado en los casos en que haya quedado establecido que el riesgo de persecución está basado en uno o varios de esos motivos, conforme a los instrumentos pertinentes aplicables.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para desarrollar procedimientos de acogida sensibles al género y servicios de apoyo a los solicitantes de asilo, así como directrices basadas en el género y procedimientos de asilo sensibles al género, incluidos los relativos a la obtención del estatuto de refugiado y a la solicitud de protección internacional.

ARTÍCULO 61

La no devolución

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para respetar el principio de no devolución, conforme a las obligaciones existentes derivadas del derecho internacional.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes.

CAPÍTULO VIII

Cooperación internacional

ARTÍCULO 62

Principios generales

1. Las Partes cooperarán para celebrar acuerdos, conforme a las disposiciones del presente Convenio y en aplicación de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes, relativos a la cooperación en materia civil y penal, basados en legislaciones uniformes o recíprocas y en su derecho interno, en la medida más amplia posible, a los fines de:

- a) Prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio;
- b) Proteger y asistir a las víctimas;
- c) Llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos establecidos en virtud del presente Convenio;
- d) Aplicar las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de un delito establecido conforme al presente Convenio y que haya sido cometido en el territorio de una Parte distinta de aquél en el que ellas sean residentes, puedan presentar denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia.

3. En el caso de que una Parte que subordina la asistencia judicial en materia penal, la extradición o la ejecución de sentencias civiles o penales dictadas por otra de las Partes en el presente Convenio a la existencia de un tratado, recibe una solicitud en relación con esta cooperación en materia judicial de una Parte con la que no tenga firmado un tratado de ese tipo, podrá considerar al presente Convenio como base legal para la asistencia judicial penal, la extradición, o la ejecución de sentencias civiles o penales dictadas por otra de las Partes en el presente Convenio con respecto a los delitos establecidos de conformidad con el presente Convenio.

4. Las Partes se esforzarán por incluir, cuando proceda, la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, dentro de los programas de ayuda al desarrollo elaborados a favor de terceros Estados, incluida la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales con terceros Estados destinados a facilitar la protección de las víctimas, conforme al apartado 5 del artículo 18.

ARTÍCULO 63**Medidas relativas a las personas en situación de riesgo**

Cuando una de las Partes, sobre la base de la información que posea, tenga serios motivos para creer que una persona corre el riesgo de quedar sometida de modo inmediato en el territorio de otra Parte a uno de los actos de violencia a que se refieren los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio, se anima a la Parte que disponga de la información a transmitirla sin demora a la otra Parte con el fin de asegurarse de que se toman las medidas protección apropiadas. Esta información deberá contener, en su caso, indicaciones acerca de las disposiciones de protección existentes a favor de la persona en peligro.

ARTÍCULO 64**Información**

1. La Parte requerida deberá informar rápidamente a la Parte requirente del resultado final de la acción ejercida, de conformidad con el presente capítulo. La Parte requerida deberá informar igualmente con rapidez a la Parte requirente de todas las circunstancias que puedan hacer imposible la ejecución de la acción contemplada o que puedan retrasarla de manera significativa.

2. Cualquier Parte podrá transferir a otra Parte, dentro del límite de las normas establecidas por su legislación interna, y sin necesidad de petición previa, las informaciones obtenidas en el marco de sus propias investigaciones cuando considere que la divulgación de tales informaciones puede ayudar a la Parte que las reciba a prevenir los delitos establecidos en virtud del presente Convenio, o a entablar o perseguir las investigaciones o los procedimientos relativos a tales delitos, o que podría desembocar en una solicitud de cooperación formulada por dicha Parte conforme al presente capítulo.

3. La Parte que reciba cualquier información de conformidad con el apartado 2 deberá transmitirla a sus autoridades competentes de manera que puedan entablarse procedimientos cuando se consideren adecuados, o que dicha información pueda ser tomada en consideración en los procedimientos civiles y penales pertinentes.

ARTÍCULO 65**Protección de datos**

Los datos personales se conservarán y utilizarán conforme a las obligaciones contraídas por las Partes en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STE n° 108).

CAPÍTULO IX**Mecanismo de seguimiento****ARTÍCULO 66****Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica**

1. El Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (en lo sucesivo denominado «GREVIO») se hará cargo de velar por la aplicación del presente Convenio por las Partes.

2. El GREVIO estará compuesto por 10 miembros como mínimo y un máximo de 15 miembros, debiendo tomarse en consideración una participación equilibrada entre mujeres y hombres y una distribución geográficamente equilibrada, así como la

participación multidisciplinaria de expertos. Sus miembros serán elegidos por el Comité de las Partes entre los candidatos designados por las Partes, por un mandato de cuatro años, prorrogables una sola vez, y de entre los nacionales de las Partes.

3. La elección inicial de 10 miembros será organizada dentro del plazo de un año a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio. La elección de 5 miembros adicionales se organizará tras producirse la vigesimoquinta ratificación o adhesión.

4. La elección de los miembros del GREVIO se basará en los principios siguientes:

a) Serán elegidos conforme a un procedimiento transparente de entre personalidades de alta moralidad conocidas por su competencia en materia de derechos humanos, igualdad entre mujeres y hombres, violencia contra la mujer y violencia doméstica, o en asistencia y protección a las víctimas, o que tengan una experiencia profesional reconocida en los ámbitos incluidos en el presente Convenio;

b) El GREVIO no podrá incluir más de un nacional del mismo Estado;

c) Deberían representar a los principales sistemas jurídicos;

d) Deberían representar a los actores e instancias pertinentes en el ámbito de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;

e) Participarán a título individual, siendo independientes e imparciales en el ejercicio de sus mandatos y estando disponibles para desempeñar sus funciones de manera efectiva.

5. El procedimiento de elección de los miembros del GREVIO será establecido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta y consentimiento unánime de las Partes, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del presente Convenio.

6. El GREVIO adoptará su propio reglamento interno.

7. Los miembros del GREVIO y los demás miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas a los países, gozarán, conforme al modo establecido en los apartados 9 y 14 del artículo 68, de los privilegios e inmunidades previstos por el anejo al presente Convenio.

ARTÍCULO 67

Comité de las Partes

1. El Comité de las Partes estará compuesto por representantes de las Partes en el Convenio.

2. El Comité de las Partes será convocado por el Secretario General del Consejo de Europa. Su primera reunión deberá celebrarse en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Convenio con el fin de elegir a los miembros del GREVIO. Posteriormente, se reunirá a solicitud de un tercio de las Partes, o del Presidente del Comité de las Partes o del Secretario General.

3. El Comité de las Partes adoptará su propio reglamento interno.

ARTÍCULO 68

Procedimiento

1. Las Partes presentarán al Secretario General del Consejo de Europa, basándose en un cuestionario preparado por el GREVIO, un informe sobre las medidas de tipo legislativo y de otro tipo que hagan efectivas las disposiciones del presente Convenio, para su examen por el GREVIO.

2. El GREVIO examinará el informe que se le someta de conformidad con el apartado 1 junto con los representantes de la Parte de que se trate.

3. El procedimiento de evaluación posterior se dividirá en ciclos cuya duración será determinada por el GREVIO. Al inicio de cada ciclo, el GREVIO seleccionará las disposiciones particulares sobre las que va a tratar el procedimiento de evaluación y enviará un cuestionario.

4. El GREVIO determinará los medios apropiados para proceder a dicha evaluación. En particular, podrá adoptar un cuestionario para cada uno de los ciclos que servirá de base para la evaluación de su aplicación por las Partes. Este cuestionario será enviado a todas las Partes. Las Partes responderán al mismo, así como a cualquier otra información que les pida el GREVIO.

5. El GREVIO podrá recibir informaciones relativas a la aplicación del Convenio de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, así como de instituciones nacionales de protección de derechos humanos.

6. El GREVIO tomará debidamente en consideración las informaciones existentes de que se disponga en otros instrumentos y organizaciones regionales e internacionales en los ámbitos incluidos en el campo de aplicación del presente Convenio.

7. En el momento de adoptar el cuestionario para cada ciclo de evaluación, el GREVIO tomará debidamente en consideración la recopilación de los datos y las investigaciones existentes en las Partes, tal como se indica en el artículo 11 del presente Convenio.

8. El GREVIO podrá recibir informaciones relativas a la aplicación del Convenio por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la Asamblea parlamentaria y otros organismos especializados pertinentes del Consejo de Europa, así como los establecidos por otros instrumentos internacionales. Las denuncias presentadas ante estos organismos y los resultados derivados de las mismas serán puestos a disposición del GREVIO.

9. El GREVIO podrá organizar visitas a los países de que se trate de manera subsidiaria, en cooperación con las autoridades nacionales y con asistencia de expertos nacionales independientes, en el caso de que las informaciones recibidas resulten ser insuficientes o en los casos previstos en el apartado 14. En esas visitas, el GREVIO podrá estar asistido por especialistas en áreas específicas.

10. El GREVIO elaborará un proyecto de informe que contenga sus análisis en relación con la aplicación de las disposiciones de que trata el procedimiento de evaluación, así como las sugerencias y propuestas relativas al modo en que la Parte de que se trate pueda tratar los problemas definidos. Se dará traslado del proyecto de informe a la Parte objeto de la evaluación para que aporte sus comentarios. Estos serán tomados en consideración por el GREVIO cuando apruebe su informe.

11. Sobre la base de todas las informaciones recibidas y los comentarios de las Partes, el GREVIO aprobará su informe y conclusiones en relación con las medidas adoptadas por la Parte de que se trate para aplicar las disposiciones del presente Convenio. Este informe y sus conclusiones se reenviarán a la Parte afectada y al Comité de las Partes. El informe y las conclusiones del GREVIO se harán públicos desde el momento en que se adopten, junto con los comentarios que pueda ofrecer la Parte afectada.

12. Dejando a salvo el procedimiento previsto en los apartados 1 a 8, el Comité de las Partes podrá adoptar, basándose en el informe y las conclusiones del GREVIO, recomendaciones dirigidas a dicha Parte (a) en relación con las medidas que deban adoptarse para poner en práctica las conclusiones del GREVIO, fijando una fecha si ello fuera necesario para la presentación de informaciones acerca de su aplicación, y (b) que tengan como objetivo promover la cooperación con dicha Parte con el fin de aplicar el presente Convenio de manera satisfactoria.

13. En el caso de que el GREVIO reciba informaciones fiables que indiquen una situación en la que existan problemas que requieren una atención inmediata con el fin de prevenir o limitar la extensión y el número de violaciones graves del Convenio, podrá solicitar que se le someta con urgencia un informe especial relativo a las medidas

adoptadas para prevenir un tipo de violencia grave, extendida o concomitante, contra las mujeres.

14. El GREVIO podrá designar, teniendo en cuenta las informaciones que le proporcione la Parte afectada, así como cualquier otra información fiable disponible, a uno o varios de sus miembros para que lleven a cabo una investigación y presenten de modo urgente un informe al GREVIO. Cuando se considere necesario y previo acuerdo con esa Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

15. Una vez examinadas las conclusiones relativas a la investigación mencionada en el apartado 14, el GREVIO transmitirá dichas conclusiones a la Parte de que se trate y, en su caso, al Comité de las Partes y al Comité de Ministros del Consejo de Europa con cualquier otro comentario y recomendación.

ARTÍCULO 69

Recomendaciones generales

El GREVIO podrá adoptar, cuando proceda, recomendaciones generales acerca de la aplicación del presente Convenio.

ARTÍCULO 70

Participación de los parlamentos en el seguimiento

1. Los parlamentos nacionales quedan invitados a participar en el seguimiento de las medidas adoptadas para la aplicación del presente Convenio.
2. Las Partes someterán los informes del GREVIO a sus parlamentos nacionales.
3. Se invita a Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a hacer balance, con regularidad, de la aplicación del presente Convenio.

CAPÍTULO X

Relación con otros instrumentos internacionales

ARTÍCULO 71

Relación con otros instrumentos internacionales

1. El presente Convenio no afectará a las obligaciones derivadas de otros instrumentos internacionales en los que las Partes en el presente Convenio sean o serán Partes y que contengan disposiciones relativas a las materias que abarca el presente Convenio.
2. Las Partes en el presente Convenio podrán celebrar entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales en relación con las cuestiones reguladas por el presente Convenio, a los fines de completar o reforzar sus disposiciones o de facilitar la aplicación de los principios que el mismo consagra.

CAPÍTULO XI

Enmiendas al Convenio

ARTÍCULO 72

Enmiendas

1. Toda enmienda al presente Convenio propuesta por una Parte deberá ser comunicada al Secretario General del Consejo de Europa quien se encargará de transmitirla a los Estados Miembros del Consejo de Europa, a cualquier otro signatario,

a toda Parte, a la Unión Europea, a cualquier Estado invitado a firmar el presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, así como a cualquier otro Estado invitado a adherirse al presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.

2. El Comité de Ministros del Consejo de Europa examinará la enmienda propuesta y podrá aprobar dicha enmienda por la mayoría prevista en el artículo 20.d del Estatuto del Consejo de Europa, una vez consultadas las Partes en el Convenio que no sean miembros del Consejo de Europa.

3. El texto de toda enmienda aprobada por el Comité de Ministros conforme al apartado 2 se comunicará a las Partes, para su aceptación.

4. Toda enmienda adoptada de conformidad con el apartado 2 entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de un mes después de la fecha en que todas las Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación.

CAPÍTULO XII

Cláusulas finales

ARTÍCULO 73

Efectos del Convenio

Las disposiciones del presente Convenio no afectarán a las disposiciones de la legislación interna ni a las de otros instrumentos internacionales vinculantes vigentes o que puedan entrar en vigor y en cuya aplicación se reconozcan o puedan ser reconocidos a las personas derechos más favorables en materia de prevención y de lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

ARTÍCULO 74

Solución de controversias

1. En caso de cualquier divergencia en torno a la aplicación o la interpretación de las disposiciones del presente Convenio las Partes deberán tratar de encontrar su solución, ante todo, por medio de negociación, conciliación o arbitraje, o por cualquier otro medio de solución pacífica aceptado conjuntamente por las mismas.

2. El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá establecer procedimientos de solución que puedan ser utilizados por las Partes en un litigio, en el caso de que estas consientan su aplicación.

ARTÍCULO 75

Firma y entrada en vigor

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración, y de la Unión Europea.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que diez signatarios, al menos ocho de los cuales sean Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento en quedar vinculados por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.

4. En el caso de que un Estado de los que hace referencia el apartado 1, o la Unión Europea, exprese con posterioridad su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor con respecto al mismo el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

ARTÍCULO 76

Adhesión al Convenio

1. Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, podrá invitar, previa consulta con las Partes del presente Convenio y después de haber obtenido su consentimiento unánime, a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa que no haya participado en la elaboración del Convenio, a adherirse al presente Convenio mediante una decisión tomada por la mayoría prevista en el artículo 20.d, del Estatuto del Consejo de Europa, y con el voto unánime de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

2. Respecto a cualquier Estado que se adhiera, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

ARTÍCULO 77

Aplicación territorial

1. Cualquier Estado, o la Unión Europea, podrá designar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

2. Toda Parte podrá ampliar, en fecha posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio expresado en la declaración de cuyas relaciones internacionales sea responsable o en cuyo nombre esté autorizado para comprometerse. Con respecto a dicho territorio, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de dicha declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración formulada en virtud de los dos apartados anteriores podrá ser retirada, respecto de cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

ARTÍCULO 78

Reservas

1. No podrá formularse ninguna reserva a las disposiciones del presente Convenio, a excepción de las previstas en los apartados 2 y 3.

2. Todo Estado o la Unión Europea podrá precisar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que se reserva el derecho a no aplicar, o a aplicar únicamente en casos o condiciones específicas, las disposiciones establecidas en:

- El apartado 2 del artículo 30;
- Los apartados 1.e, 3 y 4 del artículo 44;

- El apartado 1 del artículo 55, en lo que concierne al artículo 35 con respecto a los delitos de menor importancia;
- El artículo 58 en lo que se refiere a los artículos 37, 38 y 39;
- El artículo 59.

3. Cualquier Estado o la Unión Europea podrá precisar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que se reserva el derecho a prever sanciones no penales, en lugar de sanciones penales, con respecto a las conductas indicadas en los artículos 33 y 34.

4. Cualquier Parte podrá retirar total o parcialmente una reserva mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Esta declaración surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

ARTÍCULO 79

Validez y examen de las reservas

1. Las reservas previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 78, tendrán validez durante cinco años a partir del primer día de la entrada en vigor del Convenio con respecto a la Parte de que se trate. No obstante, dichas reservas podrán prorrogarse por plazos de igual duración.

2. Dieciocho meses después de la expiración de la reserva, el Secretario General del Consejo de Europa informará a la Parte de que se trate de dicha expiración. Tres meses antes de la fecha de expiración, la Parte notificará al Secretario General su intención de mantener, modificar o retirar la reserva. En caso contrario, el Secretario General informará a esa Parte de que su reserva queda prorrogada automáticamente por un plazo de seis meses. En el caso de que la Parte de que se trate no notifique su decisión de mantener o modificar sus reservas antes de expirar dicho plazo, la reserva o las reservas se considerarán caducadas.

3. Cuando una de las Partes formule una reserva conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 78, deberá dar explicaciones al GREVIO, con anterioridad a su prórroga o cuando sea requerida para ello, sobre los motivos que justifican su mantenimiento.

ARTÍCULO 80

Denuncia

1. Toda Parte podrá denunciar en cualquier momento el presente Convenio dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa.

2. Dicha denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

ARTÍCULO 81

Notificaciones

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados Miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros del Consejo de Europa que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a cualquier signatario, a toda Parte, a la Unión Europea y a cualquier Estado invitado a adherirse al presente Convenio:

- a) Toda firma;
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio de conformidad con los artículos 75 y 76;
- d) Toda enmienda adoptada de conformidad con el artículo 72, así como la fecha de entrada en vigor de dicha enmienda;
- e) Toda reserva y toda retirada de reservas efectuadas en aplicación del artículo 78;
- f) Toda denuncia hecha en virtud de lo dispuesto en el artículo 80;
- g) Cualquier otro acto, notificación o comunicación que se refieran al presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a tal efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copias certificadas conformes a cada Estado Miembro del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a la Unión Europea y a cualquier Estado invitado a adherirse al presente Convenio.

ANEJO

Privilegios e inmunidades (artículo 66)

1. El presente anejo se aplica a los miembros del GREVIO indicados en el artículo 66 del Convenio, así como a otros miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país. A los fines del presente anejo, la expresión «otros miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país» incluirá a los expertos nacionales independientes y a los especialistas a que se refiere el apartado 9 del artículo 68 del Convenio, los agentes del Consejo de Europa y los intérpretes empleados por el Consejo de Europa que acompañan al GREVIO en sus visitas al país.

2. Los miembros del GREVIO y los otros miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país gozarán de los privilegios e inmunidades indicados a continuación en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la preparación y la realización de las visitas, así como con los resultados derivados de dichas visitas y los viajes relacionados con sus funciones:

a) Inmunidad de retención o detención y del embargo de sus equipajes personales y, en lo que referente a los actos llevados a cabo por ellos en su condición oficial, incluidos los orales y escritos, inmunidad de toda jurisdicción;

b) Exención con respecto a todas las medidas restrictivas referentes a su libertad de movimientos: salida y entrada de su país de residencia y entrada y salida del país en que ejerzan sus funciones, así como con respecto a todas las formalidades de registro de extranjeros, en los países visitados o transitados por ellos en el ejercicio de sus funciones.

3. En materia de aduanas y de control de cambios, y en el curso de viajes efectuados en el ejercicio de sus funciones, se concederá a los miembros del GREVIO y a los demás miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país, las mismas facilidades que las reconocidas a los representantes de gobiernos extranjeros en misión oficial temporal.

4. La documentación relativa a la evaluación de la aplicación del Convenio transportada por los miembros del GREVIO y los demás miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país, es inviolable en la medida en que se refiera a la actividad del GREVIO. No podrá aplicarse medida alguna de interceptación o de censura a la correspondencia oficial del GREVIO ni a las comunicaciones oficiales de los miembros del GREVIO y de los demás miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país.

5. Con el fin de garantizar a los miembros del GREVIO y a los demás miembros de las delegaciones encargadas de efectuar las visitas al país la completa libertad de expresión y la completa independencia en el cumplimiento de sus funciones, seguirá concediéndoseles la inmunidad de jurisdicción en lo que se refiere a sus palabras y escritos o sus actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones incluso con posterioridad a haber finalizado el mandato de dichas personas.

6. Se concederán los privilegios e inmunidades a las personas a que se refiere el apartado 1 del presente anejo, no para su beneficio personal, sino con la finalidad de asegurar el ejercicio de sus funciones en interés del GREVIO con total independencia. La retirada de las inmunidades concedidas a las personas a que se refiere el apartado 1 del presente anejo se efectuará por el Secretario General del Consejo de Europa, en todos los casos en que, en su opinión, la inmunidad pudiera impedir que se hiciera justicia y en que la inmunidad pueda ser retirada sin perjudicar los intereses del GREVIO.

ESTADOS PARTE

Estados	Firma	Manifestación del consentimiento	Declaraciones o reservas	Entrada en vigor
Albania	19/12/2011	04/02/2013 R		01/08/2014
Andorra	22/02/2013	22/04/2014 R	X	01/08/2014
Austria	11/05/2011	14/11/2013 R		01/08/2014
Bosnia y Herzegovina. . .	08/03/2013	07/11/2013 R		01/08/2014
Dinamarca	11/10/2013	23/04/2014 R	X	01/08/2014
España	11/05/2011	10/04/2014 R	X	01/08/2014
Italia	27/09/2012	10/09/2013 R		01/08/2014
Montenegro	11/05/2011	22/04/2013 R		01/08/2014
Portugal	11/05/2011	05/02/2013 R		01/08/2014
Serbia	04/04/2012	21/11/2013 R	X	01/08/2014
Turquía	11/05/2011	14/03/2012 R		01/08/2014

X: Fórmula declaraciones o reservas.

R: Ratificación.

RESERVAS Y DECLARACIONES

Andorra

Reserva consignada en el instrumento de ratificación depositado el 22 de abril de 2014.

De conformidad con el apartado 2 del artículo 78 del Convenio, Andorra se reserva el derecho a no aplicar las disposiciones previstas en el apartado 2 del artículo 30 del Convenio.

Período de efecto: 1/8/2014

La declaración anterior se refiere a los artículos 30 y 78.

Dinamarca

Reserva consignada en el instrumento de aprobación depositado el 23 de abril de 2014.

De conformidad con el apartado 2 del artículo 78 del Convenio, Dinamarca se reserva el derecho a no aplicar las disposiciones previstas en el apartado 3 del artículo 44 en lo que respecta a los artículos 36, 37 y 39 del Convenio.

Período de efecto: 1/8/2014.

La declaración anterior se refiere a los artículos 44 y 78.

– Reserva consignada en el instrumento de aprobación depositado el 23 de abril de 2014.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 78 del Convenio, Dinamarca se reserva el derecho a prever sanciones no penales, en lugar de sanciones penales, con respecto a conductas indicadas en el artículo 34 del Convenio.

Período de efecto: 1/8/2014.

La declaración anterior se refiere a los artículos 34 y 78.

– Declaración consignada en el instrumento de aprobación depositado el 23 de abril de 2014.

De conformidad con el artículo 77 del Convenio, Dinamarca declara hasta nuevo aviso que el Convenio no será aplicable a Groenlandia ni a las islas Feroe.

Período de efecto: 1/8/2014.

La declaración anterior se refiere al artículo 77.

España

– Declaración consignada en el instrumento de ratificación depositado el 10 de abril de 2014.

Para el caso de que el presente Convenio sea ratificado por el Reino Unido y extendido al territorio de Gibraltar, España desea formular la siguiente Declaración:

1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas.

2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo.

3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos anteriores.

4. El procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos Tratados internacionales acordado por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007 (junto al «Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y CE y Tratados conexos», de 19 de abril de 2000), se aplica al presente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado «ad referéndum» por España el 11 de mayo de 2011.

5. La aplicación a Gibraltar del presente Convenio no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España y Gran Bretaña.

Período de efecto: 1/8/2014.

– Declaración consignada en el instrumento de ratificación depositado el 10 de abril de 2014.

«España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad.»

Período de efecto: 1/8/2014.

Serbia

Reserva consignada en los plenos poderes de firma depositados el 4 de abril de 2012, confirmada en una Nota Verbal del Ministro de Asuntos Exteriores de Serbia depositada junto con el instrumento de ratificación el 21 de noviembre de 2013.

De conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 78 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, la República de Serbia se reserva el derecho a no aplicar las disposiciones previstas en el apartado 2 del artículo 30 y en los apartados 1.e, 3 y 4 del artículo 44 del Convenio, a la espera de adaptar la legislación penal nacional a las mencionadas disposiciones del Convenio.

Período de efecto: 1/8/2014.

La declaración anterior se refiere a los artículos 30, 44 y 78.

* * *

El presente Convenio entra en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 75.

Madrid, 27 de mayo de 2014.—La Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Fabiola Gallego Caballero.

ANEXO IV

**Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley
Orgánica de garantía integral de la libertad sexual**



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 15 de octubre de 2020, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. El texto remitido viene acompañado de la Memoria del análisis de impacto normativo.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 22 de octubre de 2020, designó Ponentes de este informe a los Vocales Roser Bach Fabregó, Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[m]odificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial*", "*[f]ijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y magistrados*", "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*", "*[n]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales*", "*[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario*" y "*cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso,*



las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartados 1, 3, 6, 7, 8 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del APLO que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

7.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos, sesenta y dos artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y veintidós disposiciones finales, estructurados y rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

"TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales



- Artículo 1. Objeto y finalidad.*
- Artículo 2. Principios rectores.*
- Artículo 3. Ámbito de aplicación.*

TÍTULO I. Investigación y producción de datos

- Artículo 4. Investigación y datos.*
- Artículo 5. Órgano responsable.*
- Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.*

TÍTULO II. Prevención y detección

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización

- Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo.*
 - Artículo 8. Prevención y sensibilización en los ámbitos sanitarios y sociosanitario.*
 - Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información.*
 - Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.*
 - Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario.*
 - Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral.*
 - Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública.*
 - Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense.*
 - Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y en lugares de privación de libertad.*
 - Artículo 16. Espacios públicos seguros.*
- CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales*
- Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.*
 - Artículo 18. Detección y respuesta en el ámbito educativo.*
 - Artículo 19. Detección e intervención en el ámbito sanitario.*
 - Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de Servicios Sociales.*
 - Artículo 21. Detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado.*

TÍTULO III. Formación

- Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación.*
- Artículo 23. Formación en el ámbito docente y educativo.*
- Artículo 24. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.*
- Artículo 25. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*
- Artículo 26. Formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia.*
- Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía.*



Artículo 28. Formación en el ámbito forense.

Artículo 29. Formación en el ámbito penitenciario.

Artículo 30. Formación del personal en el exterior.

Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos universitarios.

TÍTULO IV. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible

CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho

Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 33. Derecho a la información.

Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 35. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.

Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

Artículo 37. Derechos laborales y de Seguridad Social.

Artículo 38. Programa específico de empleo.

Artículo 39. Derechos de las funcionarias públicas.

Artículo 40. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 41. Acceso a la vivienda.

TÍTULO V. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Artículo 42. Actuación policial especializada.

Artículo 43. Investigación policial.

Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo.

Artículo 45. Colaboración policial.

TÍTULO VI. Acceso y obtención de justicia

CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

Artículo 46. Unidades de valoración forense integral.

Artículo 47. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas

Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial.

Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad.

Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

TÍTULO VII. Derecho a la reparación

Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación.

Artículo 52. Indemnización.

Artículo 53. Prestación de orfandad.

Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición.

Artículo 55. Fondo para la recuperación de las víctimas.



Artículo 56. Reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho.

TITULO VIII. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica

Artículo 57. Estructura institucional.

Artículo 58. Colaboración para una intervención coordinada.

Artículo 59. Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

Artículo 60. Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales.

Artículo 61. Recogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas.

Artículo 62. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

Disposición adicional única. Aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

Disposición transitoria única. Aplicación de medidas.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Disposición final tercera. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Disposición final quinta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Disposición final sexta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Disposición final séptima. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Disposición final octava. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Disposición final novena. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Disposición final décima. Modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Disposición final decimoprimer. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Disposición final decimosegunda. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.



Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimoquinta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimosexta. Naturaleza de la presente ley orgánica.

Disposición final decimoséptima. Título competencial.

Disposición final decimoctava. Especialización en violencias sexuales.

Disposición final decimonovena. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

Disposición final vigésima. Modificaciones reglamentarias.

Disposición final vigesimoprimera. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor.”

8.- Asimismo, la Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN en adelante), que acompaña al Anteproyecto, con arreglo al Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aborda las siguientes áreas:

I.- Oportunidad de la propuesta, con cuatro apartados: el primero dedicado a la motivación de la propuesta, el segundo, a los objetivos perseguidos, el tercero, sobre las alternativas y el cuarto en relación a la adecuación a los principios de buena regulación.

II.- Contenido.

III.- Análisis jurídico, que a su vez consta de cuatro apartados:

1. Fundamento jurídico y rango normativo.
2. Congruencia con el ordenamiento jurídico español.
3. Entrada en vigor y vigencia.
4. Derogación de normas.

IV. Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias.

V. Descripción de la tramitación.



VI. Análisis de impactos. Dividido en impacto económico; efecto sobre la competencia en el mercado; análisis del impacto sobre las cargas administrativas; impacto en los Presupuestos Generales del Estado; impacto por razón de género; impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; impacto en la infancia y la adolescencia y otros impactos.

VII. Evaluación *ex post*, que habrá de realizarse conforme a los criterios establecidos en artículo 28.2 de la Ley 50/1997, y en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, de los que deriva la necesidad de analizar la eficacia, eficiencia, sostenibilidad y los resultados de aplicación de la norma.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

a) Sobre el fundamento jurídico y el rango normativo del Anteproyecto informado

9.- La MAIN, en el apartado primero del punto III, al tratar sobre el fundamento jurídico y el rango normativo del Anteproyecto, indica que este «[t]rata de desarrollar el contenido del artículo 14 de la Constitución dando cumplimiento al mandato del artículo 9.2 de la Constitución promoviendo las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

10.- En lo que respecta al rango normativo, tanto la MAIN como la Exposición de Motivos del texto proyectado parten de que la Constitución española declara en su artículo 1.1 que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, y que el artículo 10 de la Carta Magna reconoce la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 14 CE consagra el principio de igualdad y, dentro del Título I, Capítulo segundo, Sección primera, el artículo 15 regula el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

11.- A continuación, también en relación con el rango normativo del Anteproyecto, tanto la MAIN como, con idéntica redacción, la Exposición de Motivos aluden al artículo 53 CE («[s]olo por ley, que en todo caso deberá



respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos [fundamentales] y libertades [públicas]), y al artículo 81 («son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»).

12.- Añaden seguidamente que «[E]s claro que, al afectar el proyecto a derechos fundamentales y en la medida en que, además, modifica disposiciones de rango legal orgánicas como ordinarias, no procede la aprobación del conjunto del mismo mediante una ley ordinaria». Y en apoyo de tal afirmación, se cita el Dictamen del Consejo de Estado número 405/2015, de 13 de mayo de 2015, sobre el anteproyecto de Ley de Seguridad Nacional, en punto a la relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria y a la posibilidad, admitida por la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, de que una ley orgánica regule complementos normativos que quedan fuera del ámbito delimitado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos; posibilidad que, sin embargo, no cabe predicar del supuesto contrario, esto es, aquel en el que una ley ordinaria contiene “incrustaciones” de ley orgánica, por ser esta una técnica normativa que violenta diversos principios constitucionales y, singularmente, el principio de seguridad jurídica.

13.- En consideración a dicha doctrina, el texto proyectado se concibe bajo la naturaleza jurídica de una “ley orgánica parcial”, es decir, como aquella cuyo contenido tiene naturaleza de ley orgánica en alguno de sus preceptos y, por consiguiente, se beneficia de los atributos de la ley orgánica, mientras que el resto de aquellos, no obstante encontrarse dentro del mismo texto legal, tienen naturaleza de ley ordinaria y, en consecuencia, como tales, se regirán por los procedimientos y mayorías de las leyes ordinarias para su posible modificación o derogación.

14.- En refuerzo de dicha caracterización como “ley orgánica parcial”, se citan en la MAIN y en la Exposición de Motivos las SSTC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, y 212/213 y 214/2012, de 14 de noviembre, y con ellas se alude a la posibilidad, admitida en la doctrina constitucional, de que en una misma ley orgánica concurren materias estrictas de ley orgánica y materias conexas que, en principio, también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango establecido en el artículo 81.2 CE por exigencias del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE, si bien este régimen puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen materias conexas y pueden ser alterados por una ley ordinaria. Se incide, no obstante, en línea con la misma doctrina constitucional, en que para que una ley sea orgánica, su



núcleo debe afectar a materias reservadas a ley orgánica, por lo que no basta con un precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a la ley dicho carácter, y solo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico, y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter.

15.- En línea de principio debe significarse que, en lo que al fundamento jurídico del Anteproyecto se refiere, y atendido su objeto y contenido, no se encuentra exclusivamente en el desarrollo del derecho a la igualdad declarado en el artículo 14 CE, proyectado sobre la esfera de la libre determinación de los sujetos que forman el ámbito subjetivo de aplicación de la ley (mujeres, niñas y niños que hayan sido, o puedan ser, objeto de violencias sexuales, con especial significación de quienes sufran algún género de discapacidad o se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, cfr. artículos 3.2 y concordantes), sino que alcanza a otros derechos fundamentales cuyo desarrollo directo está constitucionalmente reservado a la ley orgánica, como son el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y el derecho libertad y a la seguridad (artículo 17 CE), en el bien entendido que, conforme pacífica doctrina constitucional, la libertad protegida por el artículo 17.1 CE es la libertad física, y el derecho consagrado en dicho precepto constitucional es el que tiene por objeto garantizarla, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 CE- (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, entre otras); de forma que la libertad tiene virtualidad para formar parte del contenido de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE –y por lo tanto, para ser objeto de protección a través del recurso de amparo- en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les confiere la categoría de derechos fundamentales incluidos en su Capítulo segundo del Título I, como son las libertades a que se refieren el propio artículo 17 y los artículos 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otras. En esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones «*[d]e la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles*» -es decir, manifestaciones de la “libertad a secas”- y los derechos fundamentales que garantizan la libertad, que «*[n]o tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de estas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean estas en la vida del individuo.*»

16.- La libertad sexual que da título y garantiza la ley orgánica proyectada, por tanto –e interesa hacer esta puntualización de cara a analizar su rango normativo-, no solo se relaciona con el contenido del derecho fundamental



consagrado en el artículo 14 CE sino que constituye también una específica modalidad de libertad que se imbrica en el contenido del derecho contemplado en el artículo 17.1 CE, más allá de formar parte de la libertad general de autodeterminación, ahora proyectada a la esfera sexual. Y, al mismo tiempo, alcanza transversalmente a otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral –y antes, desde luego, el derecho a la vida- (artículo 15.1), y los derechos reconocidos en los artículos 18.1,3 y 4, 20.1, 24.1 y 2, 25.1 y 2, y 27.2 CE; sin que esta transversalidad se identifique en todos los casos con el desarrollo en sí mismo del derecho fundamental que constituye el contenido propio de la reserva de ley orgánica ya que esta ha de interpretarse en sentido estricto y circunscribirse a los elementos esenciales para la definición del derecho como la titularidad, las facultades que lo hacen reconocible, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 173/1998, de 23 de julio, entre otras muchas).

17.- Expuesto lo anterior, y en trance ya de analizar el rango legal de la norma proyectada, cabe hacer, también en línea de principio, las siguientes consideraciones:

- a) Tal y como ha puntualizado la doctrina constitucional (cfr. SSTC 140/1986 y 159/1986), el rango de la norma aplicable, y en su caso el tipo de ley a que se encomienda la regulación de los derechos constitucionalmente reconocidos –ley orgánica o ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. En tal sentido, la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí mismo: el rango legal se convierte, por tanto, en garante constitucional del propio derecho (cfr. STC 140/1986), y el principio de legalidad pasa a integrarse en el derecho fundamental en el sentido de que su contenido reside en reclamar la regulación por ley, ya ordinaria, ya orgánica, del derecho constitucional.
- b) Admitida de forma pacífica que la distinción del rango, orgánico y ordinario, se asienta en criterios de ordenación del sistema de fuentes del Derecho, se ha de afirmar que no existe en rigor un “derecho al rango” de ley orgánica (STC 140/1986, FJ 6º), sin perjuicio de las excepciones que, en cuanto al principio de legalidad penal, pudieran derivarse de las garantías inherentes al derecho a la libertad y seguridad del artículo 17.1 CE y las vinculadas a ellas derivadas de los artículos 25.1 y 81.1 CE (cfr. STC 159/1986, FJ 2º). La razón por la que para el desarrollo de los derechos fundamentales se exija una norma con rango de ley orgánica no se encuentra en un pretendido



derecho al rango "orgánico", sino en que el rango de la disposición, con indicación de su autor y del procedimiento de elaboración, supone el establecimiento de un incremento de garantías para los derechos objeto de regulación (y de desarrollo directo).

- c) El ámbito de la reserva de ley orgánica está delimitado por un principio de especialidad que prefija el ámbito de la regulación, que no puede extenderse más allá de ese ámbito, sin perjuicio de la eventual incorporación de normas ordenadoras de materias "conexas" (SSTC 5/1981, FJ 21, y 137/1986, FJ 3).
- d) Constituye una premisa del principio democrático que toda mayoría cualificada, como es la prevista para la elaboración de las leyes orgánicas, debe mantenerse en términos de excepción a la regla (SSTC 5/1981, 127/1994, FJ3, y 212/1996, FJ 11). Ello exige que la referencia del artículo 81.1 CE a los derechos fundamentales, identificados por la doctrina constitucional con los contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución se entienda en términos estrictos. Solo así se evita que mayorías absolutas coyunturales congelen o petrifiquen abusivamente el ordenamiento y hagan indisponible su modificación a otras simples que les sucedan en ámbitos que no entren dentro de la repetida reserva. No basta, por tanto, con que una determinada exigencia dirigida al legislador se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquellos también el ámbito de la reserva de ley orgánica: el entendimiento estricto de esta reserva impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del desarrollo directo del precepto constitucional que reconozca el derecho fundamental, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los artículos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución. *«[E]l artículo 81 de la Constitución española se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas (...) no puede extremarse (...) ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental»* (STC 212/1996).

La reserva de ley orgánica no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de ese modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (STC 137/1986, FJ 3). Ahora bien, la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de tal forma que cualquier materia



ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango.

- e) Es posible, por tanto, que una ley orgánica comprenda y discipline materias conexas, aunque estas no requieran por sí la cobertura de ley orgánica. Surgen de este modo las leyes orgánicas con incrustaciones de ley ordinaria, donde la calificación del instrumento normativo como ley orgánica deriva de la valoración directa y primaria de la materia que constituye su contenido nuclear, y donde las previsiones conexas, necesarias para la corrección técnica de la norma, pero que no requieren por sí mismas de una ley orgánica, quedan insertas en esta y, en cuanto forman parte de ella como prescripciones coherentes para la adecuada expresión y articulación del mandato normativo, se someten, en fase de aprobación, a la votación final sobre el conjunto del proyecto conforme a las mayorías exigidas para la ley orgánica. Por tanto, una ley orgánica puede incluir como complemento necesario – *rectius*, como desarrollo natural- previsiones que, en principio, no se corresponden con la materia propia de dicha ley orgánica o exceden de la misma, siempre en términos estrictos, y en todo caso especificando el carácter no orgánico de tales preceptos (SSTC 15/1981, de 13 de febrero, y 76/1983, de 15 de agosto, Dictámenes del Consejo de Estado núm. 2.268/98, 2.486/98, 1945/2001, 172/2013 y 97/2015, y Memoria del Consejo de Estado de 1985).

18.- La disposición final decimosexta, relativa a la naturaleza de la ley orgánica proyectada, establece que «Las normas contenidas en el título preliminar y las disposiciones finales primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimeras tienen carácter orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta ley orgánica no tiene tal carácter».

19.- La disposición final primera tiene por objeto la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en concreto sus artículos 112, el apartado 3 del artículo 681 y el artículo 709. La disposición final tercera modifica la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en concreto, el párrafo m) del apartado 1 del artículo 31. La disposición final quinta tiene por objeto modificar diversas disposiciones del Código Penal. La disposición final séptima modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social, en tanto que la disposición final octava introduce modificaciones en los artículos 37 y 38, apartados 1, párrafo d), y en los artículos 66 y 68 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La disposición final novena modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en concreto el apartado 5 del



artículo 1, el apartado 1 del artículo 15 y del apartado 1 del artículo 16. Y la disposición final decimoprimeras modifica el apartado 1 del artículo 3, el apartado 1 del artículo 5 y su párrafo m), los apartados 1 y 3 del artículo 7, el artículo 10, el párrafo a) del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 23, los párrafos b) y d) del apartado 1 del artículo 25, el artículo 26 y el artículo 34 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

20.- A la vista de esta configuración de la naturaleza de la ley proyectada, cabe hacer al respecto las siguientes observaciones:

- i) El núcleo orgánico de la ley se sitúa, como se acaba de ver, en su título preliminar, que contiene los principios rectores sobre los que gravita la regulación que desarrolla, y en las disposiciones finales que se han mencionado. El resto de su contenido normativo carece de rango orgánico, y tiene el rango de ley ordinaria. La distinción y especificación del carácter, orgánico u ordinario, de las disposiciones normativas que conforman el contenido de la ley proyectada satisface, en términos formales, las exigencias de la doctrina constitucional y del Consejo de Estado que ha quedado expuesta más arriba, pero en términos materiales no responde a ella. Con independencia de la incorrecta atribución del carácter orgánico en unos casos, como se verá, se observa con facilidad que el grueso del articulado tiene carácter de ley ordinaria, lo que, por lo demás, en términos generales, y salvo contadas excepciones, se corresponde con la reserva de ley orgánica. Dejando para más adelante el examen del Título Preliminar, las disposiciones finales afectan a la repetida reserva ya que tienen por objeto la modificación de diversas leyes para dar carácter integral de la ley proyectada y hacer efectiva su vocación de transversalidad. Ello incide tanto en el rango de la ley o disposición que va a ser objeto de modificación como en su contenido, especialmente aquel de naturaleza penal y punitiva. Con independencia de lo que más adelante se dirá, también, respecto de esta técnica normativa y sobre otras alternativas posibles, la asignación del carácter orgánico de la ley en atención al carácter orgánico de las disposiciones finales que modifican leyes situadas extramuros de la propia ley proyectada, y, en último término, en razón del rango y contenido normativo de las disposiciones objeto de modificación, dificulta en grado sumo considerar que las disposiciones a las que se atribuye rango ordinario constituyen el *desarrollo natural* o el complemento de aquellas a las que se confiere rango orgánico, que, por lo demás, se sitúan fuera de la ley proyectada.



- ii) Lo anterior cobra mayor relieve si se observa que algunas de las disposiciones por las que se modifican ciertos preceptos de distintas leyes afectadas por el carácter integral y transversal de la ley proyectada no responden al contenido propio reservado a la ley orgánica, y el rango orgánico tampoco viene impuesto por el de la norma a la que afecta la modificación en la que, según se ha razonado, pueden convivir y, de hecho, conviven contenidos reservados a la ley orgánica y otros conexos con ellos. Por tal motivo, es necesaria una cuidadosa labor de contraste a fin de comprobar que, efectivamente, las previsiones que se tomen de esas otras leyes orgánicas quedan o no en el ámbito propio y estricto de las mismas. Así, no debe merecer duda alguna el carácter orgánico de las normas del Código Penal que son objeto de modificación y, por tanto, de la disposición por la que se introducen dichas modificaciones. Sin entrar a valorar aquellas posiciones doctrinales que abogan por diferenciar contenidos de la normativa penal integrados en la reserva de ley orgánica de aquellos que no lo están, se ha de mantener aquí con carácter general que la reserva de ley orgánica comprende al ordenamiento penal en su conjunto como consecuencia del derecho fundamental al principio de legalidad conectado con el artículo 81.1 CE, y este a su vez con los artículos que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas que han de ser objeto de desarrollo. En otros casos, como en las proyectadas modificaciones de la Ley Orgánica reguladora del derecho a la educación, de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el rango orgánico se justifica por aquel que tiene atribuida la ley objeto de modificación, aunque afecte a materias conexas que, en principio, como se ha expuesto, se ven alcanzadas por el rango de la ley en su conjunto. Pero en otros casos la atribución del carácter orgánico de la disposición modificadora no viene justificada ni por el contenido de la norma objeto de modificación ni por el rango asignado de origen a la misma. Esto sucede con claridad en la disposición final novena, que modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y en la disposición final decimoprimer, que modifica la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, respecto de las que, por lo demás, el prelegislador no ofrece mayores explicaciones acerca del rango que se les asigna, que no viene dado por el que les da de origen la norma a la que afecta la modificación. Y esta ausencia de justificación se hace más patente en los casos en los que las normas



afectadas por la modificación se encuentran vinculadas o relacionadas con las que en el texto proyectado que tienen carácter ordinario, o con otras, como las relativas a los derechos de las víctimas de los delitos, que, además, de estar conectadas con los artículos del Anteproyecto que tienen rango de ley ordinaria, lo están con otras disposiciones del mismo rango, como las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y respecto de la modificación de esta última, no se explica, ni se justifica, material y formalmente, la atribución del carácter orgánico de la disposición que quiere llevar a cabo la modificación de diversos artículos de la ley rituaria.

- iii) Deteniéndonos en la proyectada reforma de estos artículos de la LECrim (los artículos 112, 681.3 y 709), es cierto que las modificaciones que se quieren introducir tienen una cierta conexión con derechos fundamentales. Así, la revocación de la renuncia a la acción civil por parte de la víctima, a instancias de esta y oídas las partes, y siempre antes del trámite de calificación del delito, en aquellos casos en los que los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia, o si esta pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito, se encuentra relacionada con el artículo 24.1 CE, en la medida en que afecta a la tutela judicial efectiva. Pero esta conexión es más bien tangencial o, más propiamente, remanente o residual, porque el precepto se dirige directamente a la protección de la víctima ante una decisión –relativa, ciertamente, al ejercicio y a la tutela judicial de sus derechos- que ha estado o ha podido estar viciada, bien por desconocimiento de la magnitud del perjuicio en el momento en que se renunció a la acción, bien por el influjo en su voluntad por parte de quien cometió el delito; y en cualquier caso, la regla que se introduce tiene un carácter marcadamente rituario. Lo mismo cabe decir con la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 681, en el que se prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual –parificándose con las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección-, y de los datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares. La regla concierne, en efecto, a diversos derechos fundamentales –los contenidos en los artículos 24.1, 18.1



- y 4 CE, principalmente-, pero ante todo tiene un objetivo especialmente tuitivo de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y, también aquí, tiene naturaleza procesal. Y este mismo carácter tuitivo y naturaleza procesal cabe apreciar en la modificación que se pretende introducir en el artículo 709 para evitar, en las declaraciones testificales, preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima de delitos contra la libertad sexual, por más que también aquí estén concernidos derechos fundamentales (los reconocidos en los artículos 18.1 y 24.1 CE, fundamentalmente).
- iv) Por otra parte, también está injustificada la naturaleza orgánica que se atribuye al Título preliminar de la ley proyectada. Ni el objeto y finalidad de la ley, ni su ámbito de aplicación, constituyen *per se* materia propia de la ley orgánica. Y tampoco son propios de su ámbito competencial los principios rectores que animan e inspiran la regulación proyectada contenidos en el artículo 2 del ALO. Conforme a la doctrina constitucional arriba expuesta, la mera relación o vinculación del contenido de la norma con alguno de los derechos fundamentales que son objeto de la reserva de ley orgánica no la hace merecedora de participar de tal reserva, so pena de quedar esta desvirtuada y desdibujada en sus límites y contenido, en perjuicio de la seguridad jurídica.
- v) En sentido inverso, carece de explicación la omisión, de entre las disposiciones a las que se confiere carácter orgánico, de aquellas que tienen por objeto la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (disposición final segunda), la modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (disposición final décima), y de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Y esta omisión carece de justificación, tanto por razones formales –el rango de la ley que va a ser modificada- como por razones materiales, particularmente en lo que se refiere a estas dos últimas, respecto de las que las modificaciones proyectadas inciden en la configuración de las infracciones disciplinarias y de los tipos penales objeto de regulación.
- vi) Especial mención debe hacerse de la disposición final decimoctava, relativa a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales que, según el tenor de dicha disposición final, *"se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la*



mujer y de la fiscalía contra la violencia así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados”. En similares términos, cabe incidir en la previsión que se contiene en el proyectado artículo 26, en el que se contempla la inclusión de temas dedicados a la igualdad, a la no discriminación por razón de género, a la protección integral contra todas las violencias sexuales y dedicados a la perspectiva de género en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal y en los planes de formación inicial y continua de la carrera judicial. Aun cuando en uno y otro caso se trata de disposiciones de marcado carácter programático, con una función habilitadora de una ulterior regulación, no debe olvidarse que inciden sobre materias reservadas a la ley orgánica, y en particular sujetas la reserva de ley orgánica cualificada, en tanto que afectan a la organización del Poder Judicial y al estatuto de los miembros de la carrera judicial, aspectos cuya regulación está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Sobre las posibles alternativas al carácter orgánico y a la unicidad del Anteproyecto de Ley.

21.- En el apartado I.3 de la MAIN se analizan las posibles alternativas sobre las disposiciones de la norma proyectada. Sin embargo, este análisis es meramente nominal, o en realidad inexistente, cuando, al tratar sobre el rango de la norma, el prelegislador se limita a indicar que «[s]e considera más apropiado el rango de ley orgánica parcial por los motivos que se expresarán más adelante en esta memoria (en el apartado sobre rango normativo).

22.- En rigor, el prelegislador no analiza otras posibles alternativas a la opción que considera más adecuada, cual es la elaboración de un cuerpo normativo con rango de ley orgánica, que califica de parcial, al incluir disposiciones carentes de rango orgánico junto con otras que sí lo tienen, o a las que asigna dicho carácter. Este análisis de posibles alternativas debería estar presidido en todo caso por las consideraciones que se han recogido en el apartado a) precedente, y en particular por la desnaturalización del rango de la norma desde el momento en que las disposiciones con rango de ley orgánica se encuentran principalmente fuera de su articulado y remiten a otras leyes extramuros de la proyectada, y en la medida en que el grueso del contenido normativo es ajeno a la reserva de la ley orgánica, pues no constituye verdaderamente un desarrollo directo o complemento indispensable de los preceptos constitucionales para el que la reserva está establecida (SSTC 5/18i981 y 173/1998). Ello, además de la injustificada



atribución del rango orgánico, en unos casos, y de la omisión del mismo, en otros, como se ha visto más arriba.

23.- Así las cosas, según el parecer de este órgano de gobierno constitucional resultaría técnicamente más correcto regular separadamente mediante una ley orgánica las modificaciones de las distintas leyes que tienen dicho rango o merecen tal carácter, y dejar la regulación del núcleo del texto proyectado a una ley ordinaria. Este ha sido el criterio sostenido por el Consejo de Estado al emitir su Dictamen núm. 97/2015, de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas -que previamente había sido informado por este Consejo General del Poder Judicial-, y que dio lugar a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, por un lado, y a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por otro.

c) Sobre aspectos de técnica normativa

24.- La norma proyectada tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la libertad sexual de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación. Su propia denominación es por sí sola expresiva de su carácter integral y transversal, y se configura como el marco normativo desde cuyo núcleo irradian y se proyectan las disposiciones que contiene hacia los diversos ámbitos y parcelas del ordenamiento que han de verse alcanzados por el objeto y finalidad de la norma proyectada.

25.- Este carácter integral y la transversalidad, que es consustancial al mismo, somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

26.- El mero examen de la estructura de la ley orgánica proyectada pone enseguida de manifiesto el paralelismo que presenta con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta simetría se patentiza particularmente en el título



preliminar, especialmente en la enumeración de los principios rectores, en las medidas de prevención y sensibilización en los distintos ámbitos –educativo, sanitario y sociosanitario, de la publicidad y medios de comunicación- (Título I), en los derechos de las víctimas –su garantía, los derechos a la información y asistencia social integral, derechos laborales y funcionariales, y derechos económicos- (Título II), así como en ciertos aspectos de la tutela institucional (Título III), que tienen su correlato, en mayor o menor grado y extensión, en el articulado de la norma proyectada. Esta, no obstante, presenta una mayor dimensión, al extenderse a ámbitos no contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, y al dotar de mayor amplitud ciertos aspectos relativos a la prevención, formación, protección, asistencia y derechos de las víctimas de violencia sexual.

27.- Este paralelismo y simetría origina áreas concurrentes y espacios concéntricos, secantes e intersecciones, que se dan no solo entre el texto proyectado y la Ley Orgánica 1/2004, sino entre aquel y otros textos normativos, y que no son deseables en un plano de técnica normativa y desde el principio de seguridad jurídica.

28.- Se evidencian, de este modo, solapamientos y duplicidades en ciertos preceptos de la ley proyectada respecto de otros de textos vigentes, e incluso proyectados y en proceso de elaboración normativa, como sucede con el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia –publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 22-1, de 19 de junio de 2020, actualmente en trámite de enmiendas- que ponen en cuestión su carácter necesario y, en otro plano, la corrección de la técnica normativa utilizada.

29.- Así, sin ánimo exhaustivo, se observa que el artículo 4 ALO, sobre investigación y datos, se solapa con las competencias de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, en particular las contempladas en artículo 3.1, h) e i) del Real Decreto 455/2020, de 10 de marzo.

30.- En similares términos, el artículo 5 APLO, que establece el órgano responsable para tales cometidos –la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer- tiene su correspondencia con los artículos 29 y 30 de la Ley 1/2004 y con las funciones de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género recogidas en el artículo 3.1, h) e i) del Real Decreto 455/2020.

31.- El artículo 7 APLO, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito educativo, encuentra concomitancias con el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), y con los artículos 1.1 a) bis, k) y l), en



la redacción dada por la Ley orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, y 2.1 l) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

32.- El artículo 10, relativo a las medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación, presenta concomitancias con los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 1/2004, del mismo modo que el artículo 11, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito publicitario, las tiene con el artículo 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y el artículo 12, que se refiere a la prevención y sensibilización en el ámbito laboral, presenta correspondencia con el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007.

33.- El artículo 13, relativo a la prevención y sensibilización en la Administración Pública, es correlato de lo previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 3/2007, y el artículo 14, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito castrense, presenta coincidencias con lo ya previsto en la Orden DEF 111/2019, de 8 de febrero, por la que se regula la estructura y funcionamiento del Observatorio Militar para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en las Fuerzas Armadas.

34.- Se observan asimismo aspectos coincidentes en el artículo 18, sobre la detección y respuesta en el ámbito educativo, y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2004, así como en el artículo 19, relativo a la detección e intervención en el ámbito sanitario, y en los artículos 15 y 16 de la misma Ley Orgánica 1/2004.

35.- Los artículos 22, 23, 24, 25 y 28, relativos, respectivamente, a la garantía de especialización profesional a través de la formación, y a la formación en los ámbitos docente y educativo, del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en el ámbito forense, presentan aspectos comunes con los artículos 3.1, 4, 30, y 47 de la Ley Orgánica 1/2007.

36.- El artículo 26, sobre la formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia, además de incidir en materia reservada a la LOPJ, en lo que a la carrera judicial se refiere, se solapa con el artículo 433 bis.5 de la LOPJ, modificado por la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre; y el artículo 29, relativo a la formación en el ámbito penitenciario, presenta correspondencia con el artículo 80 de la Ley Orgánica 1/1979, de 28 de septiembre, General Penitenciaria.

37.- El artículo 31, que versa sobre las medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos



universitarios, tiene aspectos concurrentes con los artículos 14 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, y 32 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

38.- El artículo 32, por su parte, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, y el artículo 34, sobre los servicios de asistencia integral especializada y accesible, tienen concomitancias con los artículos 14, 18, 19, 20, 21, 22 y 24 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, y los correspondientes del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, de desarrollo de la anterior. Y el artículo 33, sobre el derecho a la información, presenta aspectos coincidentes con el artículo 7 de la Ley 4/2015 y el artículo 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Por su parte, el artículo 43, referido a la investigación policial, presenta aspectos coincidentes con los artículos 5.2 y 4, y 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y el artículo 44, referido a la protección efectiva de las víctimas en riesgo, concurre con las previsiones de los artículos 11, 31, 35 y 53 de la misma Ley Orgánica 2/1986, y con los artículos 282 y siguientes de la LECrim.

39.- También presenta concomitancias el artículo 46, sobre las unidades de valoración forense integral, con el artículo 479 LOPJ, y el artículo 47 incide en el contenido de los artículos 363 y 778 de la LECrim. El artículo 48, sobre la información y acompañamiento en el ámbito judicial, se solapa con diversas previsiones de la Ley 4/2015 y de la Ley Orgánica 1/2004, en tanto que el artículo 49, que versa sobre la protección de datos y limitaciones a la publicidad, concurre con el contenido de la LOPDGDD. Y, en fin, los artículos 51 y 52, sobre el derecho a la reparación e indemnización, inciden en el contenido tanto del Código Penal como de la LECrim.

40.- Estas concomitancias, concurrencias, incidencias e interferencias deberían evitarse en buena técnica normativa y en beneficio de la seguridad jurídica. La pluralidad de disposiciones normativas, con aspectos concéntricos y concurrentes, no desaparece mediante la promulgación de la ley orgánica proyectada; antes bien, tal y como está concebido el texto del Anteproyecto, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia mayor dispersión, al introducir un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas, sobre todo, en las leyes sobre violencia de género, sobre igualdad, sobre el estatuto y protección de las víctimas, sobre educación e, incluso, en la ley procesal penal.

41.- Una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a la



libertad y a la violencia sexual que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las violencias sexuales, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

42.- Por otra parte, el Anteproyecto, si bien en menor medida que en otras versiones anteriores a las que ha tenido acceso este órgano de gobierno del Poder Judicial, y con una factura técnica más depurada, contiene en gran parte de su articulado disposiciones de carácter programático, algunas de las cuales se reducen a enunciados normativos meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho, esto es, sin un concreto mandato normativo. Y en otros casos, el enunciado normativo carece de verdadera virtualidad y sustantividad, limitándose a reproducir en sus proposiciones facultades o derechos que ya están reconocidos en otras normas. Ejemplo de lo anterior se encuentra en lo dispuesto en el artículo 49.2 del APLO, que se limita a señalar que la Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponde de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la LOPDGDD, si bien añade que estas funciones se ejercerán “con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, específicamente cuando esta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación”, precepto este que, en rigor, carece de contenido normativo propio distinto del que, en el marco de la LOPDGDD, delimita las competencias de la autoridad de control estatal. Y lo mismo cabe decir de la previsión contenida en el apartado tercero del artículo 17 del APLO, que se limita a señalar que “[L]as víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos”, proposición esta que no contiene propiamente mandato o regla normativa alguna distinta de las contenidas en la LOPDGDD, que contempla los canales de denuncia de las infracciones del derecho a la protección de datos personales ante la autoridad de control.

43.- Para concluir este apartado de consideraciones generales, se observan en el texto algunas erratas que deben corregirse, además de las que se indicarán en el siguiente apartado de este informe. Así, en el segundo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos, en la tercera línea, se dice “comenten”, cuando tiene que decir “cometen”. En el apartado II de la



Exposición de Motivos, página 7, cuarto párrafo, primera línea, debe suprimirse la coma después de "sexuales". En la página 39 en el apartado letra f), se deben suprimir, por repetidas, las palabras "de los servicios". Y en la página 58, en la disposición final quinta, en el apartado dos de la modificación del Código Penal, relativo al artículo 84.2, se repite "de delitos".

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

I

a) Consideraciones a la Exposición de Motivos y al articulado del Anteproyecto

44.- El párrafo primero del apartado II de la Exposición de Motivos comienza afirmando que *"España ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos y Convenios europeos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales"*, citando a continuación la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW); el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia), por lo que se sugiere revisar la referencia a los Convenios "europeos" atendido el estatus de organización internacional que ostenta el Consejo de Europa, desde su creación por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, y de la que España forma parte tras la adhesión publicada en el BOE de 1 de marzo de 1978.

45.- En el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos la referencia a la Directiva 2011/92/UE, debe entenderse hecha a la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, según la corrección de errores de la Directiva publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 21 de enero de 2012.

46.- En el apartado II de la Exposición de Motivos, las citas de las recomendaciones dirigidas a España por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, del Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, del



Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas o del Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas deberían identificarse con la suficiente precisión, al igual que se hace, por ejemplo, con la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género.

47.- En el apartado III de la Exposición de Motivos, al tratar de la disposición final decimoquinta se observan, como errores materiales, la cita del artículo 207.1.d) "51" y la omisión de la letra d) en el artículo 336.

48.- El **artículo 5** del Anteproyecto comienza afirmando que "[a] efectos de lo dispuesto en el artículo anterior", referido a la investigación y datos, "*la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, actuará como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual*", si bien ha de tenerse presente que dicha previsión ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, creado en el año 2002, y al que específicamente se refiere, en los siguientes términos, el artículo 87 quáter de la LOPJ, introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género:

"Artículo 87 quáter.

- 1. El Consejo General del Poder Judicial encomendará al Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género la evaluación de los datos provenientes de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como de aquellos asuntos relacionados con esta materia en juzgados no específicos.*
- 2. Anualmente se elaborará un informe sobre los datos relativos a violencia de género y violencia sexual, que será publicado y remitido a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso de los Diputados, así como a la Comisión Especial de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Informe del Senado sobre las estrategias contra la Violencia de Género aprobadas en el marco del Pacto de Estado.*
- 3. La información mencionada en el apartado anterior se incorporará a la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial.*
- 4. La información estadística obtenida en aplicación de este artículo deberá poder desagregarse con un indicador de discapacidad de las víctimas.*



Igualmente, permitirá establecer un registro estadístico de los menores víctimas de violencia de género, que permita también la desagregación con indicador de discapacidad.”

49.- Conforme al **apartado 3 del artículo 10** del Anteproyecto, rubricado “[m]edidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación”:

“3. La Agencia Española de Protección de Datos garantizará la disponibilidad de un cauce accesible y seguro de denuncia de la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comportaran un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales.”

50.- En relación con los contenidos ilícitos en Internet puede citarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “*Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea sobre la lucha contra los contenidos ilícitos en línea*”, de fecha 28 de septiembre de 2017, que aún no recogía una definición de «*contenido ilícito*» pero recordaba que “[e]n la UE, los tribunales y las autoridades nacionales competentes, incluidas las fuerzas de seguridad, tienen competencias para enjuiciar los delitos e imponer sanciones penales con arreglo al procedimiento oportuno en función de la actividad o información en línea considerada”, remarcando que “[l]as pruebas que evidencien la existencia de infracción penal obtenidas en el marco de la retirada de contenidos ilícitos deben ser transmitidas a las fuerzas de seguridad, siempre que se haga de conformidad con lo dispuesto, en particular, en el Reglamento (UE) 2016/679, especialmente respecto a la licitud del tratamiento de los datos personales”.

51.- También en relación con los contenidos ilícitos a que alude este precepto proyectado resulta especialmente relevante la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que los define como “*cualquier información que no sea conforme con el Derecho de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate*”, invitando “*a los Estados miembros [...] a adoptar medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas para combatir los contenidos ilícitos en línea, con arreglo a los principios establecidos en la presente Recomendación y de plena conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, el derecho a la libertad de expresión y de información, y otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión, en particular por lo que respecta a la protección de los datos personales, la competencia y el comercio electrónico*”.



52.- En la citada Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión se señala que *"(39) Con el fin de garantizar el respeto del derecho fundamental a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales, así como la libre circulación de los datos de carácter personal, el tratamiento de dichos datos en el contexto de todas las medidas adoptadas para cumplir la presente Recomendación debe ser plenamente conforme con las normas en materia de protección de datos, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), y debe ser controlado por las autoridades de supervisión competentes."*

53.- Siguiendo con el concepto de contenido ilícito, nuestro Código Penal recoge dentro del Capítulo VII, *"[d]e las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo"*, Sección 2.ª, *"[d]e los delitos de terrorismo"*, referencia expresa a los *"contenidos ilícitos"* en el apartado 4 del artículo 578, redactado por el artículo único de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, previendo que:

"4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores."

54.- En términos similares, para los conocidos como delitos de odio, conforme al artículo 510 del Código Penal, ubicado en el Capítulo IV, *"[d]e los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas"*, Sección 1.ª, *"[d]e los delitos cometidos con ocasión del ejercicio*



de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, cuya redacción procede de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de acuerdo con lo dispuesto en el Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 y ratificado por España en el año 2014 (BOE de 30 de enero de 2015):

“6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

55.- Al marco referido ha de añadirse lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, cuyo objeto es establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (artículo 1.1) y cuyo plazo de transposición finalizaba el 6 de mayo de 2018 según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 63 de la Directiva.

56.- Debe destacarse que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, fue aprobado por el Pleno de éste órgano constitucional celebrado el día 25



de junio de 2020, sin que hasta la fecha se haya publicado en el BOE la citada Ley Orgánica de transposición de la mencionada Directiva a nuestro derecho interno. Conforme el artículo 1.1 del citado Anteproyecto "*[e]sta ley orgánica tiene por objeto regular el derecho fundamental, reconocido por el artículo 18.4 de la Constitución, a la protección de datos personales en relación a los tratamientos de datos llevados a cabo por las autoridades competentes con fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, así como de protección y de prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.*"

57.- Por el contrario, sí ha tenido lugar la publicación de la Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves por la que se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, que fue aprobada en la misma fecha que la Directiva (UE) 2016/680 y que el propio Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

58.- De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que la previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 10 del texto proyectado**, ha de cohonestarse con la regulación expuesta así como con las funciones atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 47 de la LOPDGD, entre las que no se recoge de manera explícita el control de contenidos ilícitos en línea, debiendo recordar que conforme a este precepto corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la aplicación de la citada Ley Orgánica y del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, ejercer las funciones establecidas en el artículo 57 y las potestades previstas en el artículo 58 del mismo Reglamento, en la Ley Orgánica y en sus disposiciones de desarrollo, así como "*el desempeño de las funciones y potestades que le atribuyen otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea*".

59.- En segundo término, la existencia de contenidos ilícitos en Internet que legitimaría la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, por comportar un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales, podría coexistir, *a priori*, con un proceso penal, al tener finalidades diferentes. No obstante, caso de existir o constatarse cualquier interferencia entre estos dos ámbitos, el penal y el correspondiente a la Agencia Española de Protección de Datos, resultaría



aplicable la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal en el conocimiento de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, derivada del artículo 117.3 de la Constitución. Esta importante previsión debiera recogerse en el texto proyectado.

60.- Finalmente, se ha de tener presente que si la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comporten un menoscabo grave del derecho a la protección de datos tiene su origen en un proceso judicial y en datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, por ejemplo, por proceder estos contenidos del seno de un proceso penal, la competencia que el artículo 10.3 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ, que ordena que las competencias que la legislación de protección de datos atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos serán ejercidas por el Consejo General del Poder Judicial respecto de los tratamientos efectuados con fines jurisdiccionales y los ficheros de esta naturaleza.

61.- Conforme al **apartado 1 del artículo 11** del Anteproyecto "[s]e considerará ilícita la publicidad que utilice estereotipos de género que fomenten o normalice las violencias sexuales contra las mujeres".

62.- En la legislación vigente es el artículo 3, "[p]ublicidad ilícita", de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la que recoge las definiciones y tipos de publicidad ilícita. Su apartado a) viene a ser objeto de modificación por la **disposición final cuarta del Anteproyecto**, suprimiendo de la redacción actual la referencia al artículo 14 de la Constitución y a los anuncios que presenten a las mujeres de forma "discriminatoria", en los siguientes términos:

«a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica xx/xxx de Garantía Integral de la Libertad Sexual».



63.- De manera coherente con esta definición, bajo la rúbrica de “[p]ublicidad ilícita” dispone el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que “[d]e acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”.

64.- Conforme al artículo 86 ter.2,a) LOPJ corresponde a los Juzgados de lo Mercantil conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a publicidad, disponiendo el artículo 217.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad exprese.

65.- Atendida la definición recogida en el apartado 1 del artículo 11 del Anteproyecto, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica, “entendido en su sentido más básico como claridad y certeza del Derecho” (por todas, STC 131/2020, de 22 de septiembre - ECLI:ES:TC:2020:131-), resultaría sumamente conveniente su incorporación, en los mismos términos al artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, al que se refiere la disposición final cuarta del Anteproyecto y al artículo 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

66.- Asimismo, ha de destacarse que con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, que tiene por objeto “[...] regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” (artículo 1.1); previendo la derogación de la vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y cuyo artículo 6, rubricado “[i]gualdad de género e imagen de las mujeres”, dispone lo siguiente:



"1. La comunicación audiovisual no favorecerá, directa o indirectamente, situaciones de desigualdad de las mujeres o que inciten a la violencia sexual o de género.

2. Se promoverá la autorregulación para garantizar un acceso y una representación igualitaria de las mujeres en el sector audiovisual.

3. Se promoverá la autorregulación para garantizar comunicaciones comerciales audiovisuales no sexistas, tanto en el lenguaje como en el contenido e imágenes, y libres de estereotipos.

4. La autoridad audiovisual competente elaborará un informe anual sobre la representación de las mujeres en noticiarios y programas de contenido informativo de actualidad."

67.- En atención a esta norma en tramitación se sugiere cohonestar lo dispuesto en el artículo 11 del texto objeto del presente informe teniendo en cuenta las previsiones incorporadas en el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.

68.- El **artículo 17** del Anteproyecto lleva por rúbrica "[r]esponsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales", disponiendo en su apartado 2 que:

"2. Cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia."

69.- El **apartado 1 del artículo 17 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica "[r]esponsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales", tiene el siguiente contenido:

"1. Las Administraciones Públicas, especialmente los departamentos competentes en materia educativa, sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán, en el marco de sus respectivas competencias, actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual. Para ello, promoverán la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo, social y sanitario, con especial atención a víctimas menores de edad y con discapacidad."

70.- La importancia de contar con estos protocolos en el ámbito escolar ha sido puesta de manifiesto en diferentes ocasiones por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las Sentencias de 5 de noviembre de 2020, dictada en el recurso nº 10144/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3751), o de



17 de octubre de 2019, dictada en el recurso 10202/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3204):

"[...] resulta, pues, importante la eficacia y ejecución en los centros escolares de los protocolos de detección de ataques sexuales a menores, ante el silencio que guardan éstos en los casos en los que son víctimas de personas de su entorno, tanto familiar, como de terceros, ya que el miedo a las consecuencias de la denuncia ante posibles represalias del atacante sexual les hace aceptar la victimización hasta que se detectan los hechos por responsables de un centro escolar, o por denuncias de amigos o amigos de la víctima ante sus propios profesores.

En este escenario, la detección de los abusos y agresiones sexuales a menores por protocolos eficaces es una herramienta necesaria en la actualidad ante la proliferación de estos supuestos como el aquí ocurrido, en donde los menores saben y son conscientes de que se victimizan porque sufren en los ataques sexuales. Pero el miedo a denunciar o contarlo en su entorno permite a los agresores aprovecharse del silencio del menor para persistir en su conducta.

El protocolo de detección del abuso sexual es una herramienta sumamente eficaz, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares, que es en donde los menores víctimas de delitos sexuales pueden contar en su intimidad a sus amigos la situación de la que están siendo víctimas, lo que en casa se niegan a contar por miedo o vergüenza. Y en este escenario los responsables de los centros escolares se encuentran en mayor disposición real de poder detectar el abuso sexual que en otro contexto personal o social. De suyo, son muchos los casos que se han detectado en estos supuestos en virtud de la eficacia de estos protocolos en centros escolares que actúan bajo dos parámetros, a saber:

1.- La prevención del abuso sexual, en cuanto a la prevención del posible abuso sufrido por menores perpetrado por personas del entorno del menor, y cuya información puede llegar más fácilmente en el centro escolar, ante las reacciones de los menores víctimas, por contarlo a los profesores, o a los propios compañeros y llegar a conocimiento de los responsables del centro.

2. Respuesta ante la sospecha o conocimiento de un abuso sexual. Se trata en este sentido de conocer los indicios que pueden ayudar a detectar un abuso y las actuaciones a realizar con la víctima y el presunto agresor denunciado o bajo sospecha, a fin de ponerlo en conocimiento de los progenitores, o si se trata de uno de ellos como el autor, ante las autoridades.

Suele hablarse por los expertos en abuso sexual a menores que la carencia de estos protocolos internos explica en gran parte que se puede llegar a ser cómplice involuntario del abuso, al no haber dado una respuesta



adecuada al problema que en un centro escolar, o centro deportivo a donde acude el menor, o, en definitiva, en cualquier centro público o privado en el que el menor acude a realizar actividades extraescolares, pueda el menor llegar a transmitir o dar signos evidentes de que puede tener un problema grave de esta naturaleza que trata de ocultar.

En esta línea, la elaboración de estos protocolos de detección del abuso sexual a menores, tanto en centros escolares, como en otros aquellos a donde acudan menores, puede reducir este tipo de casos, y lo que es más importante, la persistencia del abuso sexual del agresor que se aprovecha del miedo de la víctima a denunciar estos hechos. Porque la realidad evidencia que los menores víctimas optan por aguantar su calvario, sobre todo cuando la agresión proviene de su propio entorno y recibe amenazas que se configuran como una auténtica intimidación capaz de conseguir el efecto perseguido por el agresor sexual, cual es el silencio de la víctima y la facilidad en la ejecución de su delito sexual.”

71.- En atención al contenido de los artículos 17 y 18 del Anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, a fin de coherente el contenido de ambas leyes, estableciendo, junto al plan de convivencia recogido en el citado artículo 124, una referencia a la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo para la detección e identificación de violencias sexuales.

72.- Seguidamente, los **apartados 2 y 3 del artículo 17** del texto proyectado disponen que:

“2. Cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia.

3. Las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos.”

73.- Debe recordarse que el deber de comunicación o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la legislación española en los artículos 262 (parcialmente modificado por la Ley de 14 de abril de 1955, por la que se modifica la base económica de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,



publicada en el BOE nº 105 de 15 de abril de 1955) y 264 de la LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

74.- El referido deber se deriva de la regulación contenida, actualmente, al tratar de la denuncia, en los artículos 259 y 262 de la LECrim, recogiendo el primero de los preceptos mencionados, para todo aquel *“que presenciare la perpetración de cualquier delito público la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal”*, e imponiendo el artículo 262 LECrim esa obligación, específicamente, a *“[l]os que por razón de su cargo, profesiones u oficio tuvieren noticia de algún delito público [...]”*.

75.- Por lo que respecta a la referencia a la “responsabilidad institucional”, éste órgano constitucional ha puesto de manifiesto en ocasiones anteriores que el deber de comunicación o denuncia pesa igualmente sobre las Administraciones públicas, surgiendo la obligación de denunciar cualquier delito público de los que pudiera tener conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, tal como exige el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no permite a la Administración silenciar los indicios de delito de que disponga, sin que se pueda olvidar que la jurisdicción penal podrá depurar la responsabilidad que pueda incumbir a los órganos administrativos por su dilación o pasividad en la comunicación de los indicios delictivos.

76.- A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a establecer *“el deber que tienen todas las personas que tuvieren noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”* (apartado II de la Exposición de Motivos), modificando, a tal efecto, los artículos 13 y 14 de la LOPJM, 1/1996.

77.- Conforme al artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), rubricado *“[o]bligaciones de los ciudadanos y deber de reserva”*:

«1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento



de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

4. Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.

[5. ...]»

78.- Y según el artículo 14 LOPJM 1/1996:

«Atención inmediata

Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.»

79.- En base al contenido de las citadas disposiciones legales y de las obligaciones en ellas plasmadas, se sugiere revisar la redacción del artículo 17.2 del anteproyecto a fin de que la referencia al cumplimiento del deber de comunicación no quede restringida a lo dispuesto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia.

80.- Por lo que respecta a la previsión establecida en el **apartado 3 del artículo 17 del Anteproyecto**, que posibilita que las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales, la comuniquen a la Agencia Española de Protección de Datos, ha de entenderse sometida a la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción



penal y que deriva del principio de reserva de jurisdicción consagrado por el artículo 117.3 de la Constitución, firmemente establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ello, resultaría sumamente conveniente la incorporación al texto proyectado, con la debida suficiencia, de la salvaguarda del principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal.

81.- Asimismo, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuyo plazo de transposición expira, con carácter general, el 17 de diciembre de 2021, según señala su artículo 26, y en ausencia de norma legal que aborde la transposición al Ordenamiento español de la misma, la doctrina sentada, entre otras, por la STC de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:13), que admite la atribución, como fuente de derechos, de lo establecido en una Directiva no transpuesta dentro del plazo que contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, por invocación del llamado efecto útil y a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento interno.

82.- El **artículo 21** viene referido a la "*detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado*", de manera coherente con el planteamiento del Anteproyecto, que contempla el matrimonio forzado entre las conductas con impacto en la vida sexual que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, tiene la consideración de violencia sexual.

83.- Tras la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, cuya transposición a nuestro Ordenamiento interno tuvo lugar a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y atendidas las consecuencias jurídicas derivadas de la inscripción como pareja de hecho, a fin de incrementar la protección de la mujer, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador valorase abordar la



regulación, inclusive en su caso la tipificación penal, en el artículo 172 bis CP, de las inscripciones forzadas como pareja de hecho.

84.- El artículo 26 del Anteproyecto, bajo la rúbrica de "[f]ormación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia" dispone lo siguiente:

"1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Fiscalía General del Estado adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal, así como al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, se incluyan temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales.

2. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Fiscalía General del Estado asegurarán que, en la formación inicial y continua de los integrantes de la Carrera Judicial, del Ministerio Fiscal y demás cuerpos al servicio de la Administración de Justicia se incluyan temas dedicados a la perspectiva de género."

85.- La Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de Jueces y Magistrados dependiente del Consejo General del Poder Judicial, tiene como objeto proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la Carrera Judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella, correspondiéndole la coordinación e impartición de la enseñanza inicial, así como de la formación continua.

86.- En relación con la previsión incorporada al Anteproyecto sobre la formación de los integrantes de la Carrera judicial, debe destacarse que la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, vino a modificar diferentes preceptos para incorporar previsiones específicas al respecto. Así, añadiendo un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 307 LOPJ para recoger expresamente que dentro del curso de selección se ha de incluir necesariamente, entre otros aspectos, un programa teórico de formación multidisciplinar que incluya el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas.

87.- En segundo lugar, la L.O. 5/2018 modificó el artículo 310 LOPJ previendo que "[t]odas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las



Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas en materia de violencia sobre la mujer, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”, y que “[e]l temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España”.

88.- Finalmente, ha de tenerse en cuenta la modificación operada por la ya citada L.O. 5/2018 en el apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ, que incorpora la necesidad de que el Plan de Formación Continua de la Carrera Judicial contenga *“cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos”.*

89.- En el **artículo 32 APLO**, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, resultaría conveniente que letra d) del apartado 1, al abordar el asesoramiento jurídico previo y la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en lugar de remitir a la disposición final decimonovena del Anteproyecto, en la que únicamente se prevé que *“[e]n el plazo de un año desde la aprobación de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica”*, se remitiera a los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

90.- En el **tercer párrafo del apartado 1 del artículo 33 del Anteproyecto**, *“[d]erecho a la información”*, en el que se recoge que *“[l]as Administraciones Públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados, tanto de carácter presencial, como telefónico, que lo hagan efectivo”*, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, junto con el asesoramiento telefónico, referencia a un posible asesoramiento *telemático*.



91.- En el **apartado 3 del artículo 34 APLO**, "*[s]ervicios de asistencia integral especializada y accesible*", entre los que se incluyen los centros de crisis 24 horas; los servicios de recuperación integral; los servicios de atención a víctimas de trata y explotación sexual y los servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales, se dispone con carácter imperativo que "*[e]stos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los órganos judiciales competentes, los servicios sanitarios y sociosanitarios, las unidades de valoración forense, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas del ámbito geográfico correspondiente*".

92.- No puede olvidarse que la Constitución española, en su artículo 118, establece el deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Magistrados en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. En el mismo sentido, la LOPJ dispone, en su artículo 17, que todas las personas y entidades, públicas y privadas, tienen la obligación de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

93.- En el deber de colaboración general, que afecta a personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, las Administraciones públicas ocupan un lugar singular, no sólo por su deber de actuación con sometimiento pleno a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, como reza el artículo 9.1 de la Constitución, sino también porque deben servir con objetividad a los intereses generales por mandato del artículo 103.1 CE, reproducido en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y con anterioridad en el artículo 3 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

94.- Por razón de sus funciones y el régimen jurídico al que están sometidas, las Administraciones públicas no sólo deben prestar la máxima colaboración a los órganos judiciales cuando ésta les sea requerida en cumplimiento de la Ley, sino que además deben mantener una posición activa de lucha frente a actuaciones contrarias al Ordenamiento jurídico que les lleve a impulsar de oficio actuaciones de colaboración con los órganos judiciales para un verdadero servicio al interés general, tal y como recoge el artículo 103 de la Constitución.

95.- Por ello, la redacción de este precepto, en tanto que podría interpretarse como imposición de una suerte de obligación de colaboración dirigida a "los



órganos judiciales competentes”, ha de ser objeto de modificación, lo que no obsta para trasladar e incorporar a la norma proyectada, como norma específica, la concreción del deber genérico de colaboración establecido en el artículo 118 CE y, en similares términos en el artículo 17 L.O.P.J.

96.- El **artículo 36** del Anteproyecto lleva por rúbrica “[a]creditación de la existencia de violencias sexuales”, teniendo el siguiente tenor literal:

“1. Las situaciones de violencias sexuales que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este título se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia sexual en los términos previstos en el artículo 3, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencias sexuales.

También podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

La acreditación de víctimas menores de edad podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

2. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales.”

97.- A este precepto, en relación con la forma de acreditación de las violencias sexuales, remiten a su vez los artículos 39.3 y 40.3, y las disposiciones finales sexta y decimoquinta del Anteproyecto.

98.- De la lectura del citado artículo 36 se desprende la conjunción en el mismo de documentos de muy distinta naturaleza y diferente valor probatorio, que abarcan desde una sentencia condenatoria, cuya firmeza determina la declaración del hecho frente a todos, hasta un informe de los



servicios sociales, de los servicios especializados, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración pública competente, o cualquier otro título, siempre que esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

99.- Al respecto debe destacarse que si bien el prelegislador goza de un amplio margen de acción para la determinación o concreción en la ley de los distintos supuestos de hecho y documentos que dan derecho al acceso al sistema de recursos diseñado en la misma, ha de tenerse presente que su alcance no puede ser igual, en atención a su muy distinta naturaleza y diferente valor probatorio, con evidente incidencia en el grado de certeza de cara a la acreditación de estas situaciones de violencias sexuales.

100.- Por ello, y a pesar de que el apartado 1 del artículo 36 comienza vinculando las situaciones de violencias sexuales con el "*reconocimiento de los derechos regulados en este título*", y que esta previsión debería trasladarse igualmente a la rúbrica del precepto, el texto proyectado debe concretar debidamente que la acreditación de estas situaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, lo es única y exclusivamente a los efectos del régimen administrativo configurado en la ley orgánica proyectada, en particular, según el texto proyectado, para el acceso al "*derecho a la asistencia integral especializada y accesible*".

101.- Bajo la rúbrica de "[d]erechos de las funcionarias públicas", señala el **artículo 39** del Anteproyecto que:

"1. Las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

2. Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad.

3. La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo se realizará en los términos establecidos en el artículo 36 de esta ley orgánica."



102.- De manera coherente con esta previsión, la **disposición final decimocuarta** del texto remitido modifica los artículos 49, 82 y 89 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

103.- Resulta oportuno que este órgano constitucional ponga de manifiesto que caso de pretender el prelegislador la extensión de estas previsiones a las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales, dado que no resultaría aplicable en este caso lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 373 LOPJ, cuya redacción procede de la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, debería incorporar las necesarias previsiones específicas en la Ley Orgánica del Poder Judicial al tratarse de cuestiones que inciden directamente en el estatuto de la Carrera Judicial, sometido a reserva de Ley Orgánica cualificada por mandato del artículo 122 de la Constitución y directamente vinculado a la independencia de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y titulares de la potestad jurisdiccional que les reconoce el artículo 117.1 CE, (por todas, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, nº 108/1986, de 29 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 839/1985, [ECLI:ES:TC:1986:108]).

104.- Asimismo, cualquier circunstancia que afecte a traslados o movilidad de las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales deberá, no sólo estar recogida y regulada en la LOPJ, respetando escrupulosamente la reserva de Ley Orgánica cualificada como cuestión atinente al estatuto de Jueces y Magistrados, sino también cohonestarse debidamente con el resto del sistema, sin afectación alguna ni del régimen de provisión de plazas judiciales, ni del derecho a la inamovilidad de todos los integrantes de la Carrera Judicial.

105.- Los **apartados 1 y 2 del artículo 42** del texto proyectado, que lleva por rúbrica "[a]ctuación policial especializada", señala lo siguiente (el remarcado es nuestro):

"1. Las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención y atención a la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales en los términos previstos en la presente ley orgánica.

2. En ese mismo sentido, se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella



información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno. Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales."

106.- La previsión de las *"unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas"* fue recogida en el artículo 31, *"[F]uerzas y Cuerpos de Seguridad"* de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sugiriéndose que el apartado 1 del artículo 42 del Anteproyecto utilice la misma terminología establecida en el citado artículo 31.

107.- Por su parte, dispone el apartado 3 del precitado artículo 31 de la LO 1/2004 que *"[l]a actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género"*.

108.- Este Protocolo fue aprobado por la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, el 10 de junio del 2004, y por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, el 27 de septiembre del mismo año, habiendo sido actualizado posteriormente, para adecuarse a lo dispuesto en la LO 1/2004, a través del texto aprobado, respectivamente, por la referida Comisión Nacional y por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, los días 8 y 28 de junio de 2005.

109.- El Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, al tratar de la *"actuación en el control y seguimiento de las medidas judicial de protección o aseguramiento"*, hace referencia a que una vez recibida la comunicación de la resolución y la documentación acompañada a la misma por el órgano judicial, la unidad operativa responsable del seguimiento y control de la/s medida/s acordada/s se atenderá a determinados criterios, entre los que se encuentra el *"examen individualizado del riesgo existente en cada caso para graduar las medidas aplicables a las distintas situaciones que puedan presentarse"*, previéndose que de cara a la realización del *"diagnóstico y motivación de la situación objetiva de riesgo"*, se tendrán en cuenta tanto los datos y antecedentes obtenidos en la fase de investigación y elaboración del atestado como *"los facilitados por la autoridad judicial"* y los que pudieran ser facilitados por los servicios sociales, Oficinas de Atención a la Víctima o el Punto de Coordinación



designado, remarcando que *"para determinar qué elementos pueden contribuir a incrementar la seguridad de la/s víctima/s resulta imprescindible el conocimiento preciso del contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial"*.

110.- Por su parte, el apartado III.D del citado Protocolo viene referido a las *"comunicaciones de los órganos judiciales a las fuerzas y cuerpos de seguridad"*, previendo, entre otros aspectos, que la Autoridad Judicial comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes o, en su caso, a los puntos de recepción centralizada designados en cada territorio, aquellas resoluciones que decreten una orden de protección, medidas cautelares u otras medidas de protección o de seguridad de las víctimas, así como su levantamiento y modificación, dictadas durante la fase de instrucción, intermedia en procesos por delito, así como aquellas que se mantengan en la sentencia, durante la tramitación de los eventuales recursos, y que para facilitar el examen individualizado de la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima, el órgano judicial también remitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes copia de los informes obrantes en el proceso penal que se refieran a circunstancias personales, psicológicas, sociales o de otro tipo de la víctima, del imputado o de su núcleo familiar.

111.- Expuesto lo anterior, resulta oportuno poner de manifiesto, como ha recogido la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo 2187/2019 (ECLI: ES:AN:2020:2350), FD 3, que *"no existe ninguna previsión normativa que considere vinculante para el Juez penal la apreciación de riesgo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado"*, *"siendo la valoración del riesgo objetivo para acordar la orden de protección una apreciación exclusiva del Juez"*.

112.- En estos términos debe entenderse lo dispuesto en el **apartado 2 del artículo 42 APLO**, en relación con la obligación dirigida a los órganos judiciales de facilitar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno.

113.- Así, debe recordarse que la garantía de independencia es inherente a la función de juzgar, y como indisociable del derecho al juez independiente e imparcial y, por ende, al debido proceso (artículo 6 CEDH y artículos 19.2 TUE y 47 CDFUE), supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir



órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia (STJUE 7 de febrero de 2019, asunto C-49/19, Comisión/Portugal, ECLI:EU:C:2019:106).

114.- El **artículo 42.6 APLO** dispone que "[e]l Ministerio del Interior, en el ámbito de sus competencias, promoverá la realización de estudios, informes y estadísticas tendentes a delimitar la magnitud de la violencia sexual en España", debiendo entenderse esta previsión como complementaria de lo dispuesto en el artículo 87 quáter.2 de la L.O.P.J., introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que prevé la elaboración anual, por parte del Consejo General del Poder Judicial, de un informe sobre los datos relativos a violencia sexual.

115.- En el **apartado 2 del artículo 44 del Anteproyecto** la referencia a los "imputados" debe sustituirse por la de los "investigados", atendida la reforma operada por el número 1 del apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, señalando al respecto el apartado V de su Exposición de Motivos lo siguiente:

"La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado



en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas.”

116.- El **Título VI** del Anteproyecto lleva por rúbrica “[a]cceso y obtención de justicia” y su **Capítulo I** “[a]ctuaciones fundamentales para la acreditación del delito”. Se aprecia que el contenido de los preceptos que los integran, muy heterogéneo y sin recoger previsiones de acceso a la Justicia, no se corresponde con las mismas, de donde deriva la necesidad de su revisión.

117.- El **apartado 2 del artículo 47 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica “[p]ráctica forense disponible, accesible y especializada” señala que:

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, para su posterior análisis genético y toxicológico, no estará condicionada a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas se conservarán y custodiarán debidamente por el centro sanitario hasta que sean solicitadas por el juzgado, o se destruirán previo consentimiento informado en el plazo y condiciones que reglamentariamente se determinen.”

118.- La regulación proyectada merece dos órdenes consideraciones. En primer lugar, se trata de una recogida de material biológico anterior a la apertura del proceso penal y, por tanto, fuera de este, por lo que el precepto debe contener garantías suficientes para preservar el valor probatorio de tal material, en particular, garantizando la cadena custodia. En segundo lugar, desde el punto de vista de la protección de datos, la previsión de que la destrucción del material precisará del consentimiento informado (se entiende que de la persona afectada) parece introducir como base jurídica de este tipo de tratamiento de datos el consentimiento cuando para la recogida del material no se precisa, pues la previsión legal parece asumir como base jurídica autónoma la contemplada en el artículo 6.1.c RGPD. El prelegislador



debe clarificar la base jurídica del tratamiento de datos consistente en la recogida, mantenimiento y destrucción de material biológico, si es preciso el consentimiento de la persona afectada o si, por el contrario, existe base jurídica autónoma fundada en el interés público en asegurar la persecución del delito. En todo caso, debe garantizarse la información a la persona afectada sobre los elementos básicos del tratamiento (fines, responsable del tratamiento, base jurídica, plazo de conservación). Por otro lado, la previsión de un plazo determinado de conservación integra un elemento necesario del derecho fundamental de protección de datos que debería establecerse en la Ley, por lo que no resulta adecuada la deslegalización de este aspecto sustantivo de la protección.

119.- En relación con este precepto y la recogida de evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales para su posterior análisis genético, resulta oportuno traer a colación que al margen de la obligación establecida en el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 27 de octubre de 2007, y ratificado por España en el año 2010 (BOE de 12 de noviembre de 2010), de adoptar las medidas necesarias para almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al conocido como Convenio de Lanzarote, el Considerando 43 de la ya citada Directiva 2011/93/UE contempla la posibilidad de establecer registros de delincuentes sexuales en los siguientes términos: *«Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales. El acceso a estos registros debe estar sujeto a limitaciones con arreglo a los principios constitucionales nacionales y las normas aplicables en materia de protección de datos, por ejemplo, permitiendo el acceso solamente a las autoridades judiciales o a los cuerpos y fuerzas de seguridad»*. Por ello, aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión directamente vinculada al mismo, ha de recordarse la conclusión formulada por éste órgano constitucional en el Informe aprobado por el Pleno del día 30 de mayo de 2019, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, reiterada en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, aprobado por el Pleno el 25 de junio de 2020, en los que se puso de manifiesto



que «atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España».

120.- El **artículo 49** del texto remitido, que lleva por rúbrica "[p]rotección de datos y limitaciones de publicidad", cuenta con tres apartados de contenido absolutamente heterogéneo con el siguiente tenor:

"1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia sexual se protegerá la intimidad de las víctimas, y en especial sus datos personales.

2. La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponden de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. El juzgado o tribunal competente podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas."

121.- En el ámbito procesal, el apartado 1 del precepto proyectado no añade ni incorpora al Ordenamiento vigente novedad alguna más allá de lo ya recogido en los artículos 235 bis y 266 de la L.O.P.J.; 141 bis, 164, 212 y 355.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 301 bis y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

122.- El acceso a las resoluciones judiciales en procesos concluidos está regulado, con carácter general, en los artículos 235, 235 bis y 266 LOPJ, desarrollados en los artículos 4 y 5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

123.- En particular, conforme a lo ordenado en el artículo 235 bis LOPJ y en el artículo 212.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción procede de la L.O. 7/2015, el acceso al texto de las



resoluciones dictadas en el seno del proceso, sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

124.- El apartado 2 ha de adecuarse a las previsiones recogidas en la LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que, con el objetivo de intensificar la protección de los derechos, vino a abordar la protección de datos en el ámbito de los Tribunales, distinguiendo entre ficheros y datos jurisdiccionales, los vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional, y los no jurisdiccionales.

125.- Como se puso de manifiesto por éste órgano constitucional al informar, con fecha 26 de octubre de 2017, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, implica el tratamiento de datos personales, si bien las limitaciones y exigencias derivadas del principio constitucional de la independencia judicial, puestas de relieve por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (cfr. STS de 2 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:8497), determinan la sustracción de las normales competencias que corresponden a las autoridades de control en materia de protección de datos para referirlas exclusivamente al órgano de gobierno del Poder Judicial, y en el establecimiento de un régimen legal específico, todo ello en el marco de la LOPJ.

126.- Por ello, al igual que se ha puesto de manifiesto al tratar del artículo 10.3 del Anteproyecto, cuando se trate de datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, la competencia que el artículo 49.2 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ.

127.- Asimismo, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, en el apartado 2 del artículo 49 APLO, junto a la cita de las mujeres, una referencia a las niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales, de manera coherente con el ámbito de aplicación recogido en el artículo 2.2 del Anteproyecto.

128.- En relación con el citado artículo 49.2 del texto proyectado debe destacarse favorablemente la intención del prelegislador de garantizar una protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual,



especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación si bien, al margen de las funciones y potestades que corresponden a la Agencia Española de Protección de Datos, acordes con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, resultaría sumamente conveniente dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto.

129.- En este sentido puede traerse a colación lo recogido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya disposición final tercera venía a modificar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir de forma explícita en esta norma procesal la facultad del Juzgado de Instrucción de acordar de forma cautelar, de oficio o a instancia de parte, la retirada de contenidos ilícitos de páginas webs y/o la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan tales contenidos, con la finalidad de evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, buscando salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito, con el siguiente tenor:

«En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

130.- Esta previsión normativa, de alcance general y por ello aplicable a cualquier delito cometido a través de internet, el teléfono u otras tecnologías de la información, que venía a establecer, con carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que serían acordadas, los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, dotando a los Jueces de herramientas efectivas al respecto, ha sido retirada del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia según el texto que figura publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020.

131.- En relación con la inicialmente proyectada modificación del artículo 13 de la LECrim, que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y con la que se lograría el objetivo de dotar a los Jueces de herramientas efectivas para la



adopción de medidas de retirada, interrupción o bloqueo de contenidos ilícitos difundidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación, este órgano constitucional, en el informe a dicho Anteproyecto, aprobado por el Pleno el día 30 de mayo de 2019, puso de manifiesto una valoración sumamente favorable al venir a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información, corrigiendo con ello un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

132.- Entendiendo este Consejo que en aras de garantizar debidamente la protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación, a que se refiere el artículo 49.2 APLO, sin perjuicio de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, resulta necesario dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto, y se sugiere al prelegislador que valore la conveniencia de recuperar la propuesta de modificación del artículo 13 de la LECrim que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, teniendo en cuenta las consideraciones a dicho texto formuladas por este órgano constitucional, que se recogieron en los siguientes términos que, atendida su especial importancia, se reproducen de manera literal:

«278.- El prelegislador introduce en la ley procesal penal una medida de restricción de contenidos ilícitos difundidos a través de los servicios de la sociedad de la información con la que se pretende evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, con el fin de salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito. A pesar de la calificación en el propio texto proyectado como medida cautelar, no estamos ante una medida cautelar en sentido estricto, esto es, una medida ordenada a garantizar el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia y, en consecuencia, a posibilitar el ejercicio del ius puniendi del Estado, sino que, más bien, como indica su ubicación sistemática en el artículo 13 LECrim, se trata de una medida de protección a los ofendidos o perjudicados por la difusión de los contenidos ilícitos.»



279.- *La previsión de esta medida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye, ciertamente, una novedad, pero viene a plasmar en la norma rituaría un tipo de actuación frente al fenómeno de la ciberdelincuencia que ya se contempla en la Ley 24/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE, en adelante) y en el propio Código Penal.*

280.- *La LSSICE en su artículo 8 regula las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información. En concreto, dispone que por la autoridad competente cabe adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación del servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos cuando atenten o puedan atentar contra alguno de los siguientes principios:*

«a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia.

e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.»

281.- *De acuerdo con el último párrafo del artículo 8.1 LSSICE, «[e]n todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».*

282.- *Por su parte, el artículo 11 LSSICE establece el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación con las autoridades competentes que requieran alguna de las medidas de restricción de los servicios de la sociedad de información, a fin de impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos continúen difundiéndose. De una lectura integrada de este precepto junto con el artículo 8 LSSICE cabe identificar las*



siguientes medidas que las autoridades pueden requerir de los prestadores de servicios de intermediación:

- a) *La retirada de datos y contenidos ilícitos en un determinado servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, una página web). Se trata de una medida dirigida a evitar la permanencia en el mundo digital de contenidos que contravengan alguno de los principios enumerados en el artículo 8.1 LSSICE, que resulten claramente identificables y separables de otros contenidos lícitos.*
- b) *La interrupción o bloqueo de la prestación de un servicio de la sociedad de información. A través de esta medida se impide el acceso por los usuarios a todo el contenido alojado en un determinado servidor en los supuestos, al ser total o mayoritariamente de carácter ilícito y no tener carácter más o menos puntual y separable de eventuales contenidos lícitos.*
- c) *Impedir el acceso desde España al servicio de la sociedad de la información que contenga contenidos ilícitos y su prestador esté establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Se trata de una medida que evita tener que acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional para lograr la ejecutabilidad de medidas judiciales de retirada o interrupción del servicio que afecten a prestadores establecidos en el extranjero.*

283.- Finalmente, el artículo 11.4 LSSICE dispone que las anteriores medidas «serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten».

284.- El Código Penal prevé de forma expresa en la tipificación de determinados delitos la adopción de medidas de neutralización de contenidos ilícitos difundidos a través de páginas web, aplicaciones de Internet o, en general, servicios de la sociedad de la información. En concreto, con una redacción más o menos equivalente, aunque no idéntica, se establece la posibilidad de adoptar medidas de retirada de contenidos o interrupción del servicio en relación con la difusión de pornografía infantil (art. 189.8 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, previsión con la que se traspone la obligación de adoptar medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil establecida en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE), la infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 270.3 CP, modificado por la LO 1/2015), la comisión de delitos de incitación al odio (art. 510.6 CP, introducido por la LO 1/2015) y el enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578.4 y .5 CP, en la redacción dada por la LO 2/2015).



285.- A los anteriores supuestos añade ahora el anteproyecto la posibilidad de adoptar este tipo de medidas en relación con la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de protección al suicidio (art. 143 bis AL), a la autolesión (art. 156 ter AL), al consumo de productos o sustancias o a la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios que suponga un riesgo para la salud de las persona (art. 361 bis AL), o a promover, fomentar o incitar a la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, de exhibición y provocación sexual y de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis AL).

286.- Desde el punto de vista sustantivo, las medidas contempladas en el precepto proyectado se acomodan a lo previsto tanto en la LSSICE como en los preceptos del Código Penal señalados, estableciéndose los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, todas de carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que son acordadas.

287.- Una primera cuestión que plantea la nueva redacción del artículo 13 LECrim es su alcance en relación con las previsiones contenidas en el Código Penal vigente, así como en las modificaciones proyectadas de ese texto legal. La redacción del segundo párrafo del artículo 13 LECrim está formulada en términos generales de modo que cabe entender que este tipo de medidas cautelares o de protección pueden ser acordadas respecto de cualquier delito cometido a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación. Si la nueva habilitación contenida en el artículo 13 LECrim tiene un alcance general de aplicación, cabe plantearse qué tipo de relación debe establecerse entre este precepto y las específicas previsiones de este tipo de medidas en el Código Penal vinculadas a determinadas conductas delictivas (arts. 189.8, 270.3, 510.6 y 570.4 y .5 CP; así como los proyectados artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP introducidos por el Anteproyecto). Los preceptos penales vendrían a expresar los casos en los que el legislador ha considerado la adopción de medidas de restricción sobre servicios de la sociedad de la información (retirada, interrupción del servicio y bloqueo del acceso desde España) como adecuadas, necesarias y proporcionadas en relación con la gravedad de los delitos. De este modo las específicas previsiones del Código Penal tendrían para el aplicador del nuevo artículo 13 LECrim un valor indicativo de la gravedad de los delitos respecto de los que resulta justificado, en términos de



proporcionalidad, anudar la adopción de estas medidas restrictivas con carácter cautelar.

288.- De este modo, el juez de instrucción al amparo del nuevo artículo 13 LECrim podrá acordar, como primeras diligencias, la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción de los servicios que ofrezcan dichos servicios o su bloqueo provisional, siempre que concurren los presupuestos de este tipo de medida cautelar, esto es, el fumus boni iuris consistente en la ilicitud indiciaria del contenido difundido y el periculum in mora derivado de la necesidad de neutralizar la permanencia delictiva, en relación con delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otra tecnología de la comunicación que revistan una gravedad equivalente a la de los tipos penales respecto de los que el legislador ha previsto específicamente este tipo de medidas.

289.- Un entendimiento de la nueva redacción del artículo 13 LECrim en este sentido merece una valoración favorable pues viene a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información. El anteproyecto corrige así un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

290.- El alcance general de la habilitación del nuevo párrafo segundo del artículo 13 LECrim permite, por lo demás, rectificar la inconsistencia existente en la redacción vigente del artículo 510.6 CP en relación con los artículos 189.8, 270.3 y 578.5 CP, pues mientras en estos últimos se prevé que las medidas de retirada y bloqueo se puedan adoptar de forma cautelar, en el primero se limita disponer que podrán ser acordadas en la sentencia, por tanto, como medidas definitivas y no como medidas provisionales.

291.- Mientras los referidos preceptos del Código Penal tienen carácter orgánico, el artículo 13 LECrim tiene carácter ordinario, pues así se desprende de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que modificó este precepto previamente reformado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de lo que cabe inferir que el legislador ha entendido que la materia objeto de regulación no incide en la reserva de Ley Orgánica dispuesta en el artículo 81.1 CE. Entendimiento que se mantiene, por lo demás, en el anteproyecto como se desprende de la disposición final undécima que declara el carácter ordinario, entre otras, de las disposiciones que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



292.- *Las medidas de retirada, interrupción o bloqueo que se prevén en el proyectado artículo 13 LECrim constituyen límites al ejercicio de la libertad de comunicación, reconocida en el artículo 20.1.d CE, establecidos en razón de la necesaria protección de los derechos fundamentales de las víctimas y de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE), y como consecuencia de la ilicitud del contenido de lo difundido y divulgado derivada de su tipificación como delito. Es más, cabe entender que la prohibición penal de la difusión de determinados contenidos o informaciones prohibidas delimita el ámbito protegido por la libertad de información, de modo que este tipo de contenidos penalmente ilícitos quedan fuera del contenido propio del derecho fundamental. De este modo, retirar o impedir su difusión no constituye, propiamente, una restricción al contenido de un derecho, sino la consecuencia apropiada de la prohibición penal. Es claro, por tanto, que la regulación proyectada no incide sobre materia reservada a Ley Orgánica, al no constituir lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de «restricciones directas del derecho fundamental» que constituyen una forma de desarrollo del derecho fundamental (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).*

293.- *La ubicación sistemática de la previsión proyectada merece alguna reflexión. El prelegislador ha estimado como sedes materiae más adecuada la regulación procesal de las primeras diligencias que, por su carácter urgente, corresponde adoptar al Juez inmediatamente que tenga noticia de la perpetración del delito, aun no siendo el competente. No resulta objetable esta opción del anteproyecto dado el carácter tuitivo para las víctimas que tienen las medidas previstas. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe plantear como alternativa la inserción de esta norma habilitadora para acordar restricciones en la difusión a través de internet y otras tecnologías de la comunicación en el marco del capítulo V del Libro IV como eventual artículo 823 ter. En efecto, en el referido capítulo se prevén las medidas de secuestro de publicaciones y de prohibición de difusión en relación con los delitos cometidos, respectivamente, a través de medios de difusión mecánicos (art. 816 a 823 LECrim) y a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 823 bis LECrim). La adaptación y actualización de esta regulación a la realidad de los medios de comunicación actuales aconsejaría incorporar el tratamiento específico de las medidas de restricción procedentes respecto de los delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otras tecnologías de la información o la comunicación.*

294.- *En cuanto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juez podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio*



de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al principio acusatorio (art. 505 LECrim).

295.- Debe advertirse que la regulación propuesta no resultará aplicable a los supuestos de medidas de retirada o bloqueo referidas a pornografía infantil, pues para este tipo de delito el artículo 189.8 CP condiciona la adopción por el Juez de estas medidas con carácter cautelar a la previa petición del Ministerio Fiscal. El carácter orgánico del precepto le hace resistente a la nueva regulación procesal proyectada, por lo que para mantener el carácter homogéneo del tratamiento procesal de estas medidas resulta necesario acometer la reforma del segundo párrafo del artículo 189.8 CP, eliminando el inciso final «a petición del Ministerio Fiscal».

296.- Si bien, como se ha señalado, las medidas de restricción al tener por objeto contenidos ilícitos no inciden directamente sobre el ámbito protegido por la libertad de información, debe tenerse en cuenta que a la hora de configurar su concreto alcance puede incurrirse en exceso, afectando a contenidos lícitos protegidos por el derecho fundamental. En este contexto, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012; Cengiz y otros c. Turquía, de 1 de diciembre de 2015) que ha subrayado la importante conexión que se establece entre la nuevas formas de comunicación a través de internet y el derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo desde la perspectiva del emisor de las informaciones sino también de los usuarios que acceden a los servicios on line. Así, en la STEDH Cengiz y otros c. Turquía se ha afirmado:

«Internet se ha convertido en uno de los principales medios a través de los que los individuos ejercen su derecho a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, aportando herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre temas políticos y temas de interés general. [...] Además, en cuanto a la importancia de los sitios de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión, dada su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet juega un papel importante en la mejora del acceso por el público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general. La actividad expresiva generada por el usuario en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.» (par. 49 y 52)

297.- A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado contrarias al Convenio medidas de bloqueo del acceso a webs de



carácter general e indiscriminado por resultar desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida. Es por ello necesario garantizar que la medida de bloqueo afecte efectivamente al contenido ilícito y que no exista peligro alguno de que se bloquee el acceso a materiales legales.

298.- Las previsiones contenidas en los vigentes artículos 189.8, 270.3, 510.6 y 578.4 CP se configuran en términos respetuosos con el principio de proporcionalidad. En particular, el artículo 578.4 CP explicita los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de acordar este tipo de medidas: a) cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar la difusión, y b) cuando se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos penalmente ilícitos.

299.- Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación proyectada debe mejorarse, en el sentido de especificar que la interrupción provisional de los servicios debe ceñirse a aquellos «que ofrezcan exclusiva o preponderantemente dichos contenidos». Esta misma fórmula debe incorporarse en los correspondientes preceptos del Código Penal proyectados (art. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis) sustituyendo la expresión «predominante», que resulta gramaticalmente incorcondante.»

133.- Por lo que respecta a la previsión recogida en el apartado 3 del artículo 49 APLO, relativa a la posibilidad de acordar el juzgado o tribunal competente, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, al igual que se ha apuntado en relación al apartado 1, supone una reiteración de lo ya recogido en diferentes normas procesales, como los artículos 138, 355.1 y 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 301, 322, y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

134.- Por ello, debería suprimirse el apartado 3 del artículo 49 por redundante e innecesario. La eliminación de esta previsión, por un lado, no ocasionaría una laguna de protección pues, como se ha señalado, las normas procesales ya contienen reglas adecuadas y, por otro lado, redundaría en una mayor coherencia del contenido del artículo proyectado, al evitarse la confusión en un mismo precepto de garantías de carácter administrativo (apartado 2) y garantías procesales (apartado 3).

135.- El **apartado 2 del artículo 52 del Anteproyecto** dispone que "[/]*as Administraciones Públicas dispondrán sin dilaciones todos los mecanismos judiciales [...] necesarios para asegurar que la víctima tenga acceso efectivo a la indemnización por los daños y perjuicios producidos, a través de medios de compensación justos y eficaces*", sugiriéndose la modulación de la redacción propuesta toda vez que, salvo escasas excepciones, el inicio de los



procedimientos judiciales se encuentra directamente vinculado a la legitimación del actuante, sin que exista en nuestro Ordenamiento una acción pública a estos efectos.

136.- Señala el **artículo 58.1** del Anteproyecto que (el subrayado es nuestro):

«Se articularán protocolos de actuación que aseguren una actuación global e integral de las distintas Administraciones Públicas y servicios implicados y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan. Así, en el ámbito de sus competencias, las Administraciones sanitarias y las educativas, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales y los organismos de Igualdad dispondrán de protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales coordinados con las demás Administraciones Públicas competentes.»

137.- Por lo que respecta a la actividad probatoria en el seno de los procesos conviene destacar que se encuentra regulada en las distintas normas procesales y que la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales forma parte del legítimo ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva, toda vez que de conformidad con lo establecido en el art. 117.3 de la Constitución, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes (por todas STC 111/2018, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:2018:111). Por ello, resultaría conveniente la adecuación de la redacción propuesta incorporando referencia expresa a lo dispuesto en las normas procesales.

138.- En segundo lugar, alude este apartado del **artículo 58.1** APLO a la Administración de Justicia previendo, con carácter imperativo, que habrá de disponer "*de protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales coordinados con las demás Administraciones Públicas competentes*".

139.- En conexión con este apartado del artículo 58 del texto proyectado ha de destacarse el contenido del artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2004, rubricado «[p]lanes de colaboración», conforme al cual:

«1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones



sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

3. Las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad.»

140.- En relación con la previsión recogida en el artículo 58.1 APLO resulta necesario traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia «Administración de Justicia» recogida, entre otras, en la Sentencia 162/2012, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TC:2012:162):

«5. [...] Dicha delimitación competencial la hemos reiterado en nuestra doctrina (SSTC 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo; 158/1992, de 26 de octubre; 105/2000, de 13 de abril; y 253/2005, de 11 de octubre, entre otras) distinguiendo entre un sentido estricto y un sentido amplio en el concepto de Administración de Justicia. Así, en cuanto al primero, tal como recuerda la STC 109/2011, de 22 de junio, FJ 3, «al Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia ex art. 149.1.5 CE (al respecto, STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 6, doctrina posteriormente reiterada en las SSTC 105/2000, de 13 de abril, FJ 2, y 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5)», competencia que supone, en primer lugar, «que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en



segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución)» (STC 294/2006, de 11 de octubre, FJ 3). Por lo que respecta a las competencias autonómicas en esta última Sentencia y fundamento jurídico indicamos que «[f]rente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal al servicio de la Administración de Justicia, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales.»

141.- Deben separarse, por tanto, la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, frente, por otro lado, a aquellos otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal. Así, el ámbito propio de las competencias de las administraciones prestadoras será la provisión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, que en modo alguno podrá afectar a las competencias propias de los órganos de gobierno interno del Poder Judicial.

142.- De otro lado, se ha de resaltar que la garantía de independencia es inherente a la función de juzgar, y como indisociable del derecho al juez independiente e imparcial y, por ende, al debido proceso (artículo 6 CEDH y artículos 19.2 TUE y 47 CDFUE), supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia (STJUE 7 de febrero de 2019, asunto C-49/19, Comisión/Portugal, ECLI:EU:C:2019:106).

143.- Así, tal y como afirmó el Pleno del Tribunal Constitucional, reunido en Cádiz en el Oratorio de San Felipe Neri, el día en que se cumplían doscientos años de la promulgación de la Constitución Española de 1812, «*La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del*



legislativo y del ejecutivo» (STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4). Específicamente, el artículo 12 LOPJ proclama la independencia de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial, prohibiendo a los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos y al Consejo General del Poder Judicial «dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional».

144.- De este modo, ha de tenerse en cuenta que los protocolos a los que alude el precepto proyectado no podrán, en ningún caso, contener previsiones que incidan, afecten o condicionen el ejercicio de la jurisdicción cuya independencia está constitucionalmente garantizada, quedando fuera de los mismos cualquier prescripción, indicación o pauta que tenga por objeto el ejercicio de la función jurisdiccional, entendiéndose por tal, en palabras de la STS Sala 3ª 3564/2015, de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3564), *«todas aquellas situaciones en las que el Juez debe efectuar una mínima operación valorativa fáctica o jurídica para la adopción de decisiones que puedan resultar procedentes en el marco de una actuación procesal».*

145.- El **artículo 61** del texto remitido, *«[r]ecogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas»*, en tanto prevé que, para garantizar un seguimiento eficaz de la ley, las Administraciones Públicas competentes han de recoger datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de justicia, incorporando a estos efectos *la información relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales*, al igual que el artículo 5 del Anteproyecto, ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Consejo General del Poder Judicial, previendo específicamente el apartado 2 del artículo 87 quáter de la LOPJ introducido por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que *«anualmente se elaborará un informe sobre los datos relativos a violencia de género y violencia sexual, que será publicado y remitido a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso de los Diputados, así como a la Comisión Especial de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Informe del Senado sobre las estrategias contra la Violencia de Género aprobadas en el marco del Pacto de Estado».*

b) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal



146.- La disposición final primera del Anteproyecto introduce tres modificaciones en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM), en particular, en los artículos 112, 681.3 y 709 LECRIM.

147.- En primer lugar, se incorpora un nuevo segundo párrafo al **artículo 112** LECrim en el que se regula como novedad relevante la posibilidad de revocación de la renuncia a la acción civil derivada del delito. Como cualquier derecho subjetivo la acción civil *ex delicto* es renunciable por el perjudicado por el delito (art. 107 LECRIM). Para anular el efecto abdicativo o extintivo de la acción civil, exige el artículo 110 LECRIM que esta *«se haga de una manera clara y terminante»*, no bastando la mera no personación en la causa de los perjudicados para entender renunciado el derecho a la restitución, reparación o indemnización nacido a su favor con ocasión del delito. Formulada la renuncia se produce el efecto extintivo de la acción civil sin que la Ley, en su redacción vigente, prevea la posibilidad de revocación de la misma. La irrevocabilidad de la renuncia de la acción ha sido afirmada por los Tribunales sobre la base de la falta de previsión legal. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:9291) afirma que *«el art. 110 apartado primero de igual Ley Rituaria determina que 'los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones', de lo que cabe inferir, a sensu contrario, que la víctimas, o perjudicados, por un delito que hubieren renunciado a su derecho no pueden mostrarse parte nuevamente en la causa, ni ejercitar acciones penales a las que se han renunciado»*.

148.- El Anteproyecto pretende modificar este estado de cosas, introduciendo la posibilidad de revocación de la renuncia por parte del perjudicado cuando concurren determinados requisitos y previa autorización judicial. La revocabilidad de la renuncia se condiciona a la concurrencia de una doble condición alternativa: bien *«si los efectos del delito son muchos más graves que los que se preveían en el momento de la renuncia»* bien *«si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito»*. En ambos casos se contemplan hipótesis de revocación de aquella decisión derivadas de una incorrecta representación o determinación de los intereses concernidos en la renuncia por causa de una infravaloración de la entidad del daño causado por el delito o de una sobreestimación de los lazos familiares o personales. El precepto rodea de garantías suficientes la revocación al exigir que sea acordada por resolución judicial, previa solicitud *«de la víctima»*, formulada antes del trámite de calificación del delito, y audiencia de las partes.



149.- La regulación propuesta merece un juicio positivo pues con ella se limitan las consecuencias perjudiciales de una renuncia a la acción civil formulada sin una correcta valoración de la situación, evitando, de este modo, que el sujeto activo del delito se beneficie de la abdicación del derecho a la reparación de un daño que resulta mayor del inicialmente considerado o se vea favorecido por consideraciones familiares o personales que hayan podido enturbiar la valoración del propio interés del perjudicado ante las consecuencias dañosas de la acción delictiva.

150.- Desde un punto de vista técnico, resulta preferible sustituir la referencia a la víctima por la persona perjudicada o el perjudicado, pues éste es el término que emplea la LECrim para referirse al titular de la acción civil. Cabe considerar que el prelegislador al limitar la revocabilidad de la renuncia a la víctima estaría circunscribiendo esa posibilidad a los sujetos pasivos del delito con exclusión de los terceros que hayan podido sufrir daños de la acción delictiva. Pero desde el punto de vista del debido resarcimiento civil del daño *ex delicto* no resulta justificable esta diferencia de trato normativo entre los perjudicados por el delito, cuando las razones que avalan la posibilidad de la revocación (por infraestimación del daño o sobreestimación del vínculo familiar o personal con el presunto autor) son predicables tanto del perjudicado sujeto pasivo de la acción típica como de los terceros a los que alcanzan los efectos del delito.

151.- Una segunda reforma procesal consiste en la ampliación de la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de determinadas víctimas, contenida en el **artículo 681.3** LECrim, a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual.

152.- La prohibición de divulgación o publicación relativa a la identidad de determinadas víctimas contemplada en el artículo 681.3 LECrim fue introducida por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se relaciona con la garantía del derecho a la protección de la intimidad de las víctimas prevista en el artículo 22 del Estatuto de la víctima del delito en los siguiente términos: *«Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.»*

153.- Si bien el artículo 22 del Estatuto de la Víctima del Delito y, coherentemente con él, el artículo 681.3 LECrim limitan el alcance de la



prohibición de divulgación o publicación de información sobre la identidad de las víctimas a aquellas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección, la extensión de esta medida procesal de protección frente a la victimización secundaria a las víctimas de delitos contra la libertad sexual merece una valoración positiva y encuentra justificación suficiente. En efecto, la medida supone una restricción del derecho a comunicar y recibir información veraz sobre el desarrollo de los procesos penales que resulta plenamente justificada, de acuerdo con la doctrina constitucional, por el mayor peso de los derechos a la dignidad, integridad e intimidad personal de las personas que han sufrido alguna de las acciones delictivas tipificadas en el Título VIII del Libro II del Código Penal.

154.- Así, la STC 127/2003, de 30 de junio, ha afirmado: *«Ninguna duda existe sobre la consideración de los sucesos de relevancia penal como acontecimientos noticiables (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4, y 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5). Y ello, con independencia incluso del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, como aquí es el caso (por todas, SSTC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4). Pero dicha consideración no puede incluir la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, por innecesaria para transmitir la información que se pretende. En definitiva, los datos que los reportajes periodísticos examinados revelan sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto pueda tener relevancia informativa en relación con la agresión sexual padecida y su enjuiciamiento, por lo que no puede merecer la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE»* (FJ 9). Y en el mismo sentido cabe citar la STC 185/2002, de 14 de octubre.

155.- Ahora bien, confiriendo el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la propia imagen, *«un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona»* (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8), en relación con los supuestos de víctimas de delitos sexuales adultas, la prohibición de divulgación o información sobre datos sobre su identidad o de imágenes de su persona debería quedar excepcionada en el caso de consentimiento expreso.

156.- La tercera reforma en la ley rituarial penal introducida por el anteproyecto tiene por objeto el **artículo 709** LECrim en el que se añade un nuevo tercer párrafo en el que, tras la regla establecida en el párrafo segundo conforme a la cual el presidente o presidenta del Tribunal tomará medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la



vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, se contiene una suerte de especificación de la regla del siguiente tenor: *«En todo caso, en los delitos contra la libertad sexual, se entenderán incluidas en las categorías anteriores las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias».*

157.- La justificación inmediata de tal añadido se encuentra en el artículo 54 del Convenio de Estambul que, bajo la rúbrica *«Investigación y pruebas»*, dispone: *«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario».*

158.- La opción del prelegislador por la literalidad de la incorporación de la norma convencional en nuestra ley procesal, por un lado, no viene a cubrir un pretendido déficit de protección de la víctima, pues la regla existente en el artículo 709 segundo párrafo LECrim ya cubre lo demandado por el artículo 54 del Convenio de Estambul dado que es claro que los antecedentes sexuales y el comportamiento de una persona constituyen una instancia del concepto de vida privada que se integran con naturalidad en su núcleo de significación. Desde este punto de vista, puede considerarse que el añadido del tercer párrafo resulta innecesario.

159.- Por otro lado, la redacción del precepto, aunque parece presentarse como una especificación de la regla anterior (*«se entenderán incluidas en las categorías anteriores las preguntas relativas [...]»*), introduce sensibles diferencias de las que se desprende que lo pretendido es una exclusión de este tipo de preguntas sujeta a excepción, para el caso que se aprecie su necesidad y pertinencia, constriñendo así la dirección y control material de la prueba que corresponde al juez o jueza en orden a asegurar que la preguntas formuladas guarden necesaria influencia en la causa y se refieran al *thema decidendi*.

160.- No cabe desconocer que en los procesos seguidos por delitos sexuales una de sus particularidades es que la declaración de la víctima deviene la prueba principal de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y ello determina que las estrategias de defensa tiendan a focalizarse en cuestionar la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima. Este tipo de estrategias pueden comportar, por su carácter invasivo y acompañadas de la formulación de prejuicios de género, una revictimización que debe ser evitada por el juez en el ejercicio de sus facultades de dirección del juicio. En este sentido el artículo 709 segundo párrafo LECrim, en conjunción con lo



previsto en el artículo 25.2.c del Estatuto de la Víctima del Delito, opera como mecanismo de protección de los derechos de la víctima (dignidad, intimidad, vida privada) a la hora de controlar las preguntas formuladas, pero el criterio determinante de su acceso al plenario será el de su necesidad y pertinencia para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, no cabe descartar que por las circunstancias concurrentes en un caso resulte precisa la indagación en los antecedentes o comportamientos sexuales de la víctima.

161.- Desde un punto de vista técnico, con el fin de evitar la confusión introducida en el nuevo párrafo proyectado, resultaría más adecuado mantener la regla del párrafo segundo, que es concreción del principio de pertinencia consagrado en el primer párrafo del artículo 709 LECrim, introduciendo la referencia a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima como especificación del concepto de vida privada. Asimismo, la redacción debería emplear el lenguaje inclusivo. En este sentido, se sugiere la siguiente redacción:

«El Presidente o Presidenta podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular, en los delitos contra la libertad sexual, respecto a los antecedentes sexuales o al comportamiento de la víctima, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente o Presidenta no permitirá que sean contestadas».

162.- Aunque el anteproyecto no lo ha contemplado, debe señalarse que una de las técnicas procesales adecuadas para evitar la victimización secundaria de quienes han sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, en especial en los delitos de trata, es la preconstitución de la prueba y su incorporación posterior al debate plenario para garantizar el derecho de contradicción, evitando así el mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo que supone el enfrenamiento en el juicio oral con la persona acusada. Razones derivadas de la vulnerabilidad de la víctima y del tipo de delito configurarían así una causa legítima que impediría la presencia del sujeto pasivo del delito en el acto del juicio oral. En este orden de consideraciones, sería plausible que el prelegislador introdujera la oportuna regulación de la prueba preconstituida en ese tipo de casos, teniendo en cuenta que en el proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, actualmente en trámite en las Cortes Generales (BOCG, serie A, núm. 22, de 19 de junio de 2020), ya se contiene un nuevo artículo



449 bis y 449 ter LECRIM que regula la prueba preconstituida para el caso de menores víctimas de delito.

c) Consideraciones sobre la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

163.- La disposición final segunda introduce algunas modificaciones en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, mediante las que se regula los tratamientos farmacológicos.

164.- Se introduce un **nuevo apartado 4 al artículo 66** mediante el que se regula los requisitos para administrar a los internos un tratamiento farmacológico. Entre estos requisitos reviste especial relevancia el necesario consentimiento del interno que debe ser informado y pleno. Con el fin de garantizar que el consentimiento sea libre, se prevé que la aceptación o rechazo del tratamiento no podrá conllevar consecuencias positivas o negativas para la situación penitenciaria del interno.

165.- Se añade un nuevo **artículo 74 bis** en el que, por un lado, se regula la realización de terapias conjuntas con las víctimas y, por otro lado, se regula el tratamiento farmacológico inhibidor del deseo sexual en los casos de concesión de permisos de salida. Esta última previsión resulta inadecuadamente ubicada, pues su lugar sistemático debería situarse en el capítulo VI relativo a los permisos de salida, configurando un nuevo apartado 3 en el artículo 47. En todo caso, a la vista de la regulación proyectada, el carácter libre del consentimiento resulta cuestionable.

d) Consideraciones sobre la modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

166.- En la **Disposición final cuarta** se suprime del párrafo a) del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la referencia al artículo 14 de la Constitución así como a los anuncios que presenten a las mujeres de forma discriminatoria, recogiendo por el contrario, la Exposición de Motivos distintas referencias al artículo 14 del texto constitucional, por lo que podría resultar conveniente que, al menos en la MAIN, se introdujera la razón de ser de esta modificación.

e) Consideraciones sobre la modificación del Código Penal

167.- La reforma del Código Penal en materia de derecho penal sexual constituye una parte muy relevante del presente Anteproyecto. Dentro de la



disposición final quinta, que introduce las correspondientes modificaciones en el articulado de la ley penal, cabe distinguir, a efectos de análisis, por un lado, la novedosa configuración del Título VIII del Libro II del Código Penal, que merece un estudio de las opciones de política criminal que ha adoptado el prelegislador y, por otro lado, un conjunto de reformas puntuales de preceptos penales que, aunque guardan relación con el objetivo de la ley de garantizar (penalmente) la libertad sexual, no están directamente conectados con la tipificación de los delitos sexuales.

I

168.- Dentro de la disposición final quinta del APLO se contienen modificaciones parciales de algunos preceptos del Código Penal distintas de las referidas al Título VIII del Libro II.

169.- El **artículo 83 CP** regula las prohibiciones y deberes que, en caso de suspensión del cumplimiento de la pena, cabe imponer a la persona condenada bien facultativamente (apartado 1) bien de forma imperativa (apartado 2). La imposición imperativa de las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1 CP (es decir, prohibición de aproximación o de comunicación; prohibición de residir en determinado lugar o de acudir a ellos; y obligación de realizar determinados programas relacionados con el delito cometido) se contempla para los casos de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aún sin convivencia.

170.- Al artículo 83.2 CP se le añade el siguiente segundo párrafo: *«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4».*

171.- Debe señalarse que el carácter imperativo de la imposición de estos deberes y prohibiciones se justifica en la medida en que se trata de medidas con una función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima frente a futuros ataques contra los bienes jurídicos penalmente tutelados en el contexto de relaciones afectivas y de convivencia que pueden facilitar su comisión. En este sentido, son proyectables al artículo 83.2 CP las consideraciones efectuadas por la STC 60/2010, de 7 de octubre, en relación con la constitucionalidad del artículo 57.2 CP.

172.- La reforma proyectada viene a extender la función protectora de estas medidas a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual (es obvio que



la redacción del párrafo introducido en el artículo 83.2 se refiere a los delitos contra la libertad sexual, y no genéricamente contra la libertad, por lo que debe corregirse la dicción del precepto), matrimonio forzado, mutilación genital femenina, trata de seres humanos, así como todo delito cometido por motivos de discriminación consignados en el artículo 22.4 CP.

173.- Puede estimarse que la naturaleza de los delitos contra bienes personalísimos como la autodeterminación individual en la esfera sexual (y afectiva) o la integridad física precisa como medida de protección frente a la reiteración delictiva de este tipo de medidas de imposición obligatoria en caso de suspensión del cumplimiento de la pena. Ahora bien, la previsión de que tal imposición obligatoria se acuerde respecto de los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP comporta la extensión de estas medidas a un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales. Tal automatismo proyectado sobre un muy amplio catálogo de ataques de bienes jurídicos penalmente protegidos plantea dudas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, por lo que resultaría más adecuado mantener, en estos supuestos, el margen de arbitrio judicial que concede el artículo 83.1 CP con el fin de graduar, en atención de las concretas circunstancias, la intensidad de los deberes y prohibiciones que deben acordarse en los casos de suspensión de la ejecución de la pena impuestas por delitos con agravante de motivos discriminatorios.

174.- El **artículo 84.2 CP** establece que, a la hora de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, no podrá acordarse la imposición de del pago de una multa cuando exista alguna de las relaciones personales o familiares indicadas en el precepto entre la persona condenada y la víctima (relación conyugal o equivalente, filiación, consanguinidad, afinidad o convivencia). La finalidad buscada por el legislador consiste en proteger los intereses económicos de la víctima que mantiene vínculo con la persona condenada.

175.- El APLO introduce un segundo párrafo al artículo 84.2 CP mediante el que extiende la anterior limitación *«cuando se trate de los delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2»*. Tal y como está redactado este nuevo párrafo o bien resulta innecesario o bien carece de justificación. Si la intención del prelegislador es extender la limitación del artículo 83.2 a los supuestos en que las víctimas de delitos sexuales mantengan algún tipo de relación personal o familiar con la persona condenada, tal previsión resulta sobrerá pues el artículo 84.2 CP vigente ya da respuesta a esa hipótesis. Si, por el contrario, el precepto proyectado pretende extender tal limitación (no imponer el pago de multa como condición de la suspensión de ejecución de la condena) a todo supuesto de delito contra



la libertad sexual con independencia de que exista una relación personal o familiar de la víctima con la persona condenada, nos encontraríamos ante una disposición cuyo fin legítimo no resulta asequible. Por ello, se sugiere eliminar la modificación del artículo 84.2 CP prevista en el apartado dos de la disposición final quinta del Anteproyecto.

176.- Se introduce un nuevo apartado 4 en el **artículo 172 bis CP** en el que se prevé el contenido civil de las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado. Se trata de una modificación que está en línea con lo ya previsto en el artículo 193 CP y da cumplimiento a lo previsto en el artículo 32 del Convenio de Estambul respecto de las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos, por lo que debe ser valorada positivamente. Debe eliminarse la reiteración del inciso «*en su caso*» al final del precepto.

177.- Se introduce una relevante modificación en la tipificación en el **artículo 172 ter CP** del delito de acoso o *stalking*, incorporado en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al eliminar el requisito de que la conducta típica «altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana» y sustituirlo por el de que «altere de cualquier modo el desarrollo de su vida cotidiana».

178.- Como la jurisprudencia ha puesto de relieve, el delito tipificado en el artículo 172 ter CP venía a ser una consecuencia del Convenio de Estambul que obligaba al Estado a tipificar el acoso como «*comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad*».

179.- La jurisprudencia había interpretado este delito como «*un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido*» (STS de 12 de julio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2819).

180.- El legislador exigía, de este modo, como resultado típico la producción de una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, delimitando así el ámbito de lo penalmente sancionado de lo que pudiera considerarse meras molestias o incomodidades. Como afirmó la STS del Pleno de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1647), «*la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto. Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso*



no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima».

181.- El cambio normativo proyectado parece determinar que el delito de acoso u hostigamiento pasaría de ser un delito de resultado a un delito de mera actividad. Bastará la comisión de forma insistente y reiterada de alguna de las conductas tipificadas en el precepto para considerar que se ha consumado el delito. Ya no se exige rebasar un determinado umbral de perturbación o alteración de la vida cotidiana de la persona acosada (por ejemplo, que como respuesta a la insistencia de la conducta hostigadora el sujeto pasivo del delito se vea obligada a alterar sus hábitos cotidianos, como vía de escapatoria), pues la dicción típica *«alterar de cualquier modo la vida cotidiana»* abarca un muy amplio espectro de afectaciones del bien jurídico protegido, incluidas, cabe pensar, las molestias o incomodidades, adquiriendo así el delito un mayor espacio típico. La relevancia penal del desvalor se sitúa, así, en la conducta que deberá adoptar alguna de las formas comisivas tipificadas y revestir las notas de insistencia y reiteración. De este modo, siendo idónea la conducta para alterar la vida cotidiana resultará irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad el grado de gravedad de esa alteración. Se amplía, en consecuencia, el ámbito de la prohibición penal, sin que de la exposición de motivos o la MAIN se desprenda la razón político-criminal que dé razón de este cambio. La ampliación del espacio típico que supone la punición de conductas que alteren de cualquier modo la vida cotidiana del sujeto pasivo comporta, aparentemente, la desvinculación de la conminación penal del bien jurídico protegido, esto es, la libertad personal. Por ello, y atendiendo el principio de intervención mínima, debería seguir exigiéndose en el tipo un nivel de intensidad suficiente de la acción para afectar el libre desenvolvimiento del sujeto pasivo.

182.- Se introduce un último párrafo en el apartado 1 del artículo 172 ter CP que mejora técnicamente la redacción, además de incorporar a la circunstancia agravante la situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad. La adición de una cláusula abierta que permite apreciar la situación de especial vulnerabilidad *«por cualquier otra circunstancia»* precisará de una interpretación estricta que haga previsible la apreciación de cuando concurre la agravación del delito.

183.- Se introducen determinadas modificaciones en el **artículo 173 CP**. En primer lugar, se incorpora un nuevo párrafo en el apartado 1 relativo a la pena que corresponderá a la persona jurídica responsable de los delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario. Debe corregirse la redacción del apartado cinco de la disposición final quinta APLO pues resulta evidente que el párrafo proyectado no puede ser el primero del apartado 1 si no el último de este



aparatao, pues sólo así tiene sentido la remisión a «los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores».

184.- El **apartado 4 del artículo 173**, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó las faltas, tipifica como delito leve las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 que tipifica los malos tratos habituales en el ámbito familiar. El Anteproyecto introduce un nuevo segundo párrafo en este precepto en el que se tipifica lo que algún sector doctrinal ha denominado con una finalidad más descriptiva que de precisión técnica «acoso sexual callejero». El precepto proyectado prevé lo siguiente: *«Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad»*.

185.- En la base de la adición de este nuevo tipo penal parece pesar la consideración por el prelegislador que la obligación contenida en el artículo 40 del Convenio de Estambul no se cumple adecuadamente con la existencia de los delitos de acoso sexual del artículo 184 CP o del denominado acoso sexual funcional del artículo 443.1 CP, resultando necesaria la adopción de un tipo de carácter residual que abarque aquellos comportamientos o expresiones de carácter sexual que generen una situación humillante, hostil o intimidatoria en el sujeto pasivo, fuera de los contextos relacionales contemplados en otros preceptos del Código Penal (ámbito laboral, educativo, administrativo o de relación de servicios). El artículo 40 del Convenio de Estambul establece la obligación de las partes de adoptar medidas *«para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales»*.

186.- En el contexto europeo no es frecuente la tipificación de un delito de acoso sexual genérico, no vinculado con ámbitos de relación de mayor riesgo por la familiaridad, proximidad y asiduidad de las interacciones. Cabe señalar al respecto los casos de Francia, Bélgica y Portugal. En Francia, tras la reforma aprobada por la Ley 2018-703, de 3 de agosto (*Loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*), el artículo 621.1 del Código penal francés tipifica como delito «el hecho de imponer a una persona cualquier comentario o comportamiento con connotación sexual o sexista que, o bien atente contra la dignidad en razón de su carácter degradante o humillante, o



bien cree una situación intimidatoria, hostil u ofensiva en su contra». Una tipificación similar se encuentra en la ley belga de 22 de mayo de 2014. En Portugal esta modalidad de acoso sexual se tipifica en el artículo 170 del Código penal.

187.- En el marco de la falta de vejaciones injustas del artículo 620 CP anterior a la reforma del 2015, los Tribunales han venido sancionando casos de piropos obscenos (SAP Álava 112/2006, de 1 de septiembre [ECLI:ES:APVI:2006:736]), proposiciones o insinuaciones de connotación sexual no deseadas (SAP Asturias 109/2004, de 1 de junio [ECLI:ES:APO:2004:1981]; SAP Madrid 97/2008, de 26 de febrero [ECLI:ES:APM:2008:2298]), o, incluso, tocamiento leves, fugaces y sorprendidos (SSTS 949/2005, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2005:5033], y 832/2007, de 5 de octubre [ECLI:ES:TS:2007:6798]).

188.- La limitación del ámbito de los sujetos pasivos del delito de vejaciones injustas del artículo 173.4 CP puede haber hecho pensar al prelegislador que existe una laguna de protección en la ley penal de los bienes jurídicos dignidad e integridad moral frente a este tipo de conductas que no resultan absorbidas por otros delitos de mayor gravedad.

189.- En línea con las reflexiones formuladas respecto del artículo 173 ter CP, en este caso, desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

190.- En el marco del delito del denominado acoso sexual funcional, el Anteproyecto amplía el ámbito de los sujetos activos del delito del **artículo 443.2 CP** a los funcionarios de «*centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia*», superando así la falta de tipicidad de conductas merecedoras de reproche penal por tener lugar, también, en el marco de relaciones de dependencia y de restricción de la libertad ambulatoria.

II

191.- Tras la reforma del Código Penal de 1989 que adaptó el derecho penal sexual a los valores y principios constitucionales, al consagrar como bien jurídico protegido la libertad sexual, la regulación de esta materia ha sido objeto de varias reformas legislativas. Con la aprobación del Código penal de 1995 se estableció como *summa divisio* de los ataques al bien jurídico la distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales. Diferenciación que ha sido mantenida a lo largo de las sucesivas modificaciones del Título VIII



del Libro II y que el presente Anteproyecto viene a superar mediante la refundición de las distintas formas comisivas en un único tipo de agresiones sexuales (con modalidades agravadas y atenuadas). Esta es la novedad más relevante del texto, de la que da razón su exposición de motivos: *«Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul»*.

192.- El Título VIII del Libro II del Código Penal ha sido objeto de cinco reformas de distinto alcance (Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Tal celo legislativo en esta materia ha dado lugar, en palabras de la jurisprudencia, a una *«laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal de 1995, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015»* (STS de 28 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2599], con cita de las STS 411/2014, de 26 de mayo, y STS 553/2014, de 30 de junio).

193.- La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 proyectado. El tipo básico de agresión sexual o de violación no diferencia según la gravedad de los medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.), incluyéndose un tipo atenuado facultativo apreciable por el juzgador en atención de la menor entidad del hecho.

194.- Ciertamente, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos se conceptúa la violencia sexual como todo acto de naturaleza sexual no consentido sobre otra persona. Así se desprende del artículo 36 del Convenio de Estambul. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la relevante sentencia X e Y c. Holanda, de 26 de marzo de 1985, se ha establecido entre las obligaciones positivas de protección derivadas del derecho al respecto de la vida privada (art. 8 del Convenio) la de penalizar las conductas que atenten contra la libertad sexual, en particular en los supuestos de vulnerabilidad de la víctima: *«Aquí hay en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Sólo una legislación criminal puede asegurar una prevención eficaz, necesaria en este ámbito»*



(par. 27). A la hora de configurar el alcance de esa protección penal frente a la violencia sexual, el TEDH, tras un análisis del derecho internacional y comparado, ha considerado que el umbral de la penalización debe situarse en la falta de consentimiento, sin que pueda exigirse un estándar superior como la resistencia activa de la víctima: «*De acuerdo con las normas y tendencias contemporáneas en esa área, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención deben considerarse como que exigen la sanción y el enjuiciamiento efectivo de cualquier acto sexual no consensuado, incluso en ausencia de resistencia física por la víctima*» (Sentencia M.C. c. Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003, p. 166).

195.- En el contexto europeo, cabe identificar distintos modelos de tipificación de los ataques a la libertad sexual. Algunas legislaciones nacionales exigen para la realización del tipo el empleo de algún medio comisivo mediante el que se doblegue la voluntad de la víctima. Así, el Código penal francés tipifica como *agresion sexuelle* «*cualquier agresión sexual cometida con violencia, coerción, amenaza o sorpresa*» (art. 222-22) y el Código penal italiano sanciona como autor de un delito de *violenza sessuale* a «*cualquiera que, por violencia o amenaza o por abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o sufrir actos sexuales*».

196.- Otros Estados han optado, en cambio, por definir el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, distinguiéndose en este sentido dos paradigmas: aquellas regulaciones que consideran que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo y las que tipifican la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. En el primer caso (que en el ámbito anglosajón se denomina, “*yes model*”), se encuentran países como Gran Bretaña o Suecia. En el segundo (“*no model*”), se encuadra el caso de Alemania.

197.- En el ámbito de Inglaterra y Gales, la *Sexual Offences Act* de 2003 castiga como autor de violación (*rape*) a una persona que tiene acceso carnal con otra sin su consentimiento (§ 1) y como autor de abuso sexual (*sexual assault*) a quien intencionadamente mantiene un contacto sexual con otra persona sin su consentimiento (§ 3). Por consentimiento a los efectos de la ley se entiende que «*una persona presta su consentimiento si está de acuerdo por elección, y tiene la libertad y la capacidad para tomar esa decisión*» (§ 74), complementándose esta cláusula general con un listado de situaciones en las que se presume (*iuris tantum*) que no existe consentimiento como cuando se ha usado violencia, intimidación, el sujeto pasivo se encontraba dormido o inconsciente, etc. (§ 75). Una regulación similar se contiene en Escocia en la *Sexual Offences Act* de 2009.



198.- En Suecia, tras la reforma de 2018, el Código penal castiga por violación a la persona que mantenga una relación sexual, o realice otro acto sexual equiparable, con una persona «*que no participe voluntariamente*» (Capítulo 6, sección 1) y por abuso sexual (*sexual assault*) quien realice actos sexuales distinto a los anteriores con quien no participe voluntariamente (sección 2). Para determinar si la participación es voluntaria o no, el precepto legal, dispone que se prestará especial consideración a si la voluntad fue expresada verbalmente o mediante hechos o de otro modo y se lista una serie de circunstancias en las que debe considerarse que la participación no ha sido voluntaria (fuerza, violencia, amenazas, intimidación, etc.).

199.- Por su parte, el *Strafgesetzbuch* alemán, tras la reforma de 2016, tipifica el delito de agresión sexual en su artículo 177.1 como la comisión de actos sexuales sobre una persona contra la voluntad reconocible de esta (*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*). Se tipifican, igualmente, como agresión sexual los supuestos en que concurre fuerza, intimidación, abuso o sorpresa (art. 177.2 StGB)

200.- La opción por un modelo u otro es objeto de debate. Ciertamente el “modelo del veto o del no” exige del sujeto pasivo una aportación comunicativa a fin de poder apreciar delito: debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto. De este modo en supuestos de situaciones ambiguas o silencio, no concurriendo ninguna de las circunstancias específicamente tipificadas en el artículo 177.2 StGB, deberá estimarse que no existe delito. En cambio, en los casos de las legislaciones que adoptan el “modelo del consentimiento afirmativo o del sí”, el tipo sólo puede excluirse cuando conste el consentimiento del sujeto pasivo. El punto crucial de diferencia entre un modelo u otro parece situarse en el distinto trato normativo a ciertas situaciones límite en las que únicamente pueda probarse la existencia de un silencio pasivo, sin circunstancias adicionales.

III

201.- El Anteproyecto da nueva redacción a la **rúbrica del Título VIII del Libro II** del Código Penal que pasa a denominarse «*Delitos contra la libertad sexual*», suprimiendo, de este modo, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por los tipos del Título. Fue la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999 la que incorporó el concepto de indemnidad como objeto de tutela penal junto a la libertad sexual, al considerar el legislador que con el fin de responder adecuadamente a las exigencias de tipificación de las conductas el bien jurídico protegido no podía reducirse a la libertad sexual, sino «*que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad*»



sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

202.- La eliminación de la referencia a la indemnidad sexual no viene acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores. No se modifica la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años, salvo en los casos en que el autor del delito sea de edad próxima al sujeto pasivo (art. 183 bis CP proyectado), por lo que el cambio de rúbrica del título no pretende expresar una ampliación del ámbito de la libertad sexual (positiva) de los menores de edad. Cabría considerar que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad) respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad *in fieri*, en el sentido de preservar las condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer con la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual. Ahora bien, la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c) en la redacción proyectada) el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor. Por ello se sugiere valorar el mantenimiento de la rúbrica actual del título.

203.- El cambio relevante introducido por la reforma es la creación en el **artículo 178 CP** de una **única categoría delictiva de agresión sexual** que aglutina lo que hoy constituyen dos categorías de tipos distintas, el de agresión sexual y el de abusos sexuales.

204.- La distinción entre ambas figuras responde a la existencia de una diferencia material en el grado de lesividad de las conductas. Así, la actual regulación se sustenta en el criterio sistemático de la presencia de determinados medios comisivos que determinen el *dobleamiento de la voluntad* (violencia o intimidación), la obtención de un *consentimiento viciado* mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, el aprovechamiento un *consentimiento inválido*, en el caso de víctimas menores de 16 años o de abuso de un trastorno mental, o la realización de la conducta sexual *sin el consentimiento* del sujeto pasivo por la previa anulación de su voluntad o verse privada de sentido o por realizarse por sorpresa o porque



no ha existido una aceptación inequívoca de la participación en el acto sexual. En la regulación actual, el legislador anuda una distinta penalidad a las diferentes conductas típicas expresando de este modo un distinto desvalor de acción y de resultado de cada una de ellas.

205.- La regulación actual ha sido objeto de críticas en algunos extremos relevantes. Así se ha puesto de relieve que la tipificación como abusos sexuales del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea que anule la voluntad de la víctima, introducida por la LO 5/2010, resulta inadecuada para absorber la cantidad de injusto de la acción, pues el empleo de este tipo de sustancia no es sino una forma de violencia que debería ser castigada como agresión sexual.

206.- También se ha discutido la diferencia entre agresión y abuso a partir de la concurrencia de intimidación o prevalimiento de una situación de superioridad. Entre uno y otro medio comisivo no existe, ciertamente, una diferencia material nítida, pues ambos conceptos remiten a realidades que se solapan, haciendo que la distinción del núcleo de significación de uno y otro sea una cuestión de grado. La vaguedad de los conceptos típicos conlleva, inesquivablemente, dificultades en la subsunción de los hechos en la norma penal (y ante la dificultad de distinguir, en caso de duda debe aplicarse la solución más favorable [STS 10 de febrero de 1999, ECLI:ES:TS:1999:838: «*Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo ("in dubio pro reo")*»]), con el consiguiente riesgo de crítica a las resoluciones judiciales por no ajustarse a las expectativas de aplicación correcta, tal y como se ha comprobado en los últimos tiempos en algún caso notorio.

207.- Respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico.

208.- La indiferencia valorativa de los medios comisivos que comporta la unificación proyectada pugna con el principio de proporcionalidad en una doble dirección.

209.- Por un lado, la tipificación del nuevo artículo 178 CP puede incurrir en una prohibición de defecto de protección (*Untermassverbot*, en la



terminología de la iuspublicística alemana) al resultar irrelevante para la norma penal el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no. Desde el punto de vista de la prevención general de la norma, el tipo debe desincentivar con una conminación penal más grave aquellos comportamientos más disvaliosos. La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor.

210.- El prelegislador, con buen criterio, no ha querido trasladar esta indiferenciación valorativa a las agresiones sexuales contra menores de 16 años. El proyectado artículo 181 CP distingue entre un tipo básico con pena de prisión de dos a seis años (apartado 1) y un tipo agravado para los casos en que en la realización de actos sexuales con un menor de 16 años concurra *«alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178»*, esto es las señaladas en el artículo 178.2 CP (*«violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»*).

211.- Con el fin de evitar ese efecto desprotector, sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior. Cabe señalar que el Código Penal acude de forma frecuente a esta circunstancia de violencia o intimidación para crear tipos agravados, tal como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, los delitos contra los derechos de los trabajadores o en el delito de allanamiento de morada. En estos casos se establecen tipos agravados cuando los hechos se ejecutan con violencia o intimidación.

212.- Por otro lado, puede incurrirse en una prohibición de exceso (*Übermassverbot*) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Con el fin de evitar una respuesta penal desproporcionada, se ha incorporado en el **artículo 178.3 CP** un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador, razonándolo en la sentencia, imponer una pena menos grave *«en atención a la menor entidad del hecho»*. La opción del prelegislador se asemeja a la previsión contenida en el artículo 609 bis, último inciso, del código penal italiano en el que se dispone que en



los casos de menor gravedad la pena se disminuirá en un máximo de dos tercios. Debe recordarse, sin embargo, que mediante este tipo privilegiado en el código italiano se viene a flexibilizar el tratamiento uniforme en el concepto unitario de *violenza sessuale*, efectuado por la reforma legislativa de 1996, del acceso carnal violento (del antiguo art. 519 CP) y de otros actos libidinosos violentos (art. 521 CP anterior a la reforma). De este modo, el tipo privilegiado facultativo, en el caso italiano, tiene como objeto actos de naturaleza sexual de menor intensidad, en los que deben concurrir en todo caso las notas típicas de violencia, amenaza o abuso de autoridad.

213.- El concepto «*menor entidad del hecho*» empleado en el artículo 178.3 CP proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar lugar a la apreciación de «*menor entidad*». La opción más idónea, desde el punto de vista de técnica legislativa, es configurar este mismo apartado tercero como un tipo autónomo atenuado en el que se vincule la menor entidad al acto sexual y se excluya su aplicación cuando concurren las circunstancias del apartado segundo, esto es, «*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*».

214.- El anteproyecto introduce en el artículo 178.1 CP una **definición del consentimiento**, especificando la calidad de este para poder apreciar la exclusión de la tipicidad. Dice el precepto: «*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*».

215.- El artículo 36.2 del Convenio de Estambul establece que el consentimiento debe «*prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio considerado en el contexto de las circunstancias*». No contiene el texto internacional determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. Del precepto convencional se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto. El consentimiento no puede ser un estado mental inaccesible para los demás, sino que debe exteriorizarse de



algún modo que lo haga reconocible, pero los datos que permitan constatar la manifestación de la voluntad y su grado de accesibilidad dependerán de las concretas circunstancias. El Convenio no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto. Como expone el Memorándum Explicativo de la Convención en relación con el artículo 36, «[a]l implementar esta disposición, las Partes del Convenio deben adoptar legislación penal que englobe la noción de falta de consentimiento otorgado libremente respecto de cualquiera de los actos sexuales enumerados [...]. Sin embargo, corresponde a las Partes decidir sobre la redacción de la legislación y los factores que, en su opinión, impiden el libre consentimiento. El párrafo 2 solo especifica que el consentimiento debe darse voluntariamente como resultado del libre albedrío, valorado en el contexto de las circunstancias concurrentes».

216.- La regulación del Código Penal vigente en materia de delitos contra la libertad sexual se asienta ya sobre la idea de consentimiento. Así, en la redacción actual todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo es punible, sea en la forma de agresión o de abuso sexual, bien porque no exista tal consentimiento o bien porque se trate de un consentimiento viciado. No obstante, dadas las dificultades de definición derivadas del principio de contexto, nuestro Código Penal no contiene una definición general de consentimiento y en los distintos tipos se hace referencia a éste sin mayor precisión o se emplea el término voluntad. A este respecto resulta suficientemente significativa la definición de consentimiento ofrecida por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española («*Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*»). En el ámbito del delito de lesiones se contiene, sin embargo, unas exigencias específicas para el consentimiento como causa de atenuación del delito, que debe ser emitido «*válida, libre, espontánea y expresamente*» (art. 155 CP).

217.- La definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento). Pero las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, que no se oculta en la Exposición de Motivos, cuando se refiere a «*reorientar el régimen de valoración de la prueba*». Así, la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser



probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal.

218.- Para nuestra jurisprudencia no ha resultado problemático determinar cuándo cabe apreciar que concurre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad en atención a las circunstancias. Tampoco definir las notas que deben concurrir en el consentimiento sexual (entre las más recientes, por ejemplo, SSTS 145/2020, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:882], 147/2020, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:1151], 369/2020, de 3 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2490]). El estado actual de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no difiere de la descripción que a este respecto se contiene en la regla 70 de la Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional:

«En los casos de violencia sexual, la Corte se guiará y, en su caso, aplicará los siguientes principios:

(a) El consentimiento no puede inferirse de las palabras o la conducta de una víctima, cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de una coacción socavó la capacidad de la víctima para dar voluntaria y genuinamente el consentimiento;

(b) El consentimiento no puede inferirse de las palabras o la conducta de una víctima cuando la víctima es incapaz de dar un consentimiento genuino;

(c) El consentimiento no puede inferirse por el silencio o la falta de resistencia de la víctima de la presunta violencia sexual;

(d) La credibilidad, el carácter o la predisposición a la disponibilidad sexual de una víctima o testigo no puede inferirse en razón de la naturaleza sexual de la conducta anterior o posterior de la víctima o testigo.»

219.- Tampoco la incorporación de una definición de consentimiento parece que pueda evitar la victimización secundaria, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que se integran en la definición, lo que provocará que los interrogatorios se centren en el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para integrar el alcance de la cláusula «*circunstancias concurrentes*».

220.- Por otro lado, la definición proyectada contiene elementos contradictorios. La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. La primera parte de la definición de consentimiento admite claramente ambas formas de manifestación (*expressis verbis* o *facta concludentia*), sin embargo, el inciso final exige que la voluntad de participar en el acto sea expresa. Por ello, para eliminar la contradicción, el precepto debería referirse



a la voluntad, sin otras precisiones, como por otra parte es la práctica del Código cuando emplea este término (arts. 197 bis, 202, 234, 245 CP), que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

221.- La inclusión de una cláusula normativa de consentimiento reviste una decisiva importancia, no solo para la propia configuración normativa del injusto y de los elementos que lo integran, sino en su proyección en el proceso y en la determinación de la carga de la prueba que debe exigirse a la acusación. La redacción de los presupuestos del consentimiento habilitante del contacto sexual, a la luz de la Exposición de Motivos, que de manera textual afirma buscar un cambio de perspectiva sobre el régimen de valoración de la prueba, obliga a poner de manifiesto, y a recordar, los graves problemas de compatibilidad constitucional ex artículos 24 CE y 47 CDFUE que introduce cualquier modelo de intervención penal que comporte o estimule una inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal. La Directiva 2016/343 que normativiza el contenido de la presunción de inocencia no deja lugar a la duda. Como se establece en su artículo 6, regulador de la carga de la prueba: «1. *Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.* 2. *Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto*». En definitiva, la propuesta normativa sometida a informe de este Órgano constitucional no debería introducir riesgo alguno de afectación del principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, de la mano de fórmulas normativas de tipificación que sugieran modificación de la carga de prueba que ex *Constitutione* debe recaer sobre las acusaciones.

222.- En las legislaciones que han optado por tipificar los delitos de violencia sexual a partir del denominado modelo del consentimiento se ha introducido una modalidad imprudente de comisión, con el fin de penalizar aquellos supuestos en los que el autor no ha desplegado la diligencia necesaria y exigible para determinar que el sujeto pasivo ha emitido un consentimiento válido y eficaz. Tal es el caso del código penal noruego (sección 192) y sueco (capítulo 6, sección 1).

223.- En nuestra regulación vigente, la falta de una disposición específica que sancione la imprudencia conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP), que en los



supuestos de error vencible sobre la concurrencia de uno de los elementos del tipo (por ejemplo, la falta de consentimiento) deba acordarse la absolució n (en este sentido, *mutatis mutandi*, el caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6804]). Es cierto que con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas el aplicador podría encuadrar los supuestos dudosos por falta de dolo directo en el ámbito del dolo eventual, pero, sin duda, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible.

224.- El **artículo 179 CP** tipifica el delito de violación en términos idénticos a la regulación vigente, rebajando, sin embargo, la pena de prisión de seis a 12 años a prisión de cuatro a diez años. El ámbito de aplicación del delito se amplía en coherencia con la nueva tipificación de las agresiones sexuales del artículo 178 CP, de modo que los abusos sexuales con penetración del actual 181.4 CP pasan a tipificarse como delitos de violación. El anteproyecto se sitúa, de este modo, en la línea de la LO 11/1999 que reintrodujo el tradicional *nomen iuris* violación en el Código Penal y la ampliación de su campo de cobertura tiende a ajustarse a los usos lingüísticos de la sociedad.

225.- El **artículo 180 CP** enumera las circunstancias agravantes del tipo básico de agresiones sexuales y de violación, introduciendo algunas novedades.

226.- La agravante de que los hechos se cometan por la actuación de dos o más personas (**art. 180.1.1ª CP**), al haberse unificado las actuales conductas de agresiones y abusos sexuales, puede aplicarse a aquellas modalidades de agresión sexual que con el Código vigente se calificarían de abusos. Se recoge, de este modo, una adecuada punición de conductas que presenten un mayor desvalor y que ahora no daban lugar a una pena agravada por la limitación de circunstancias agravantes de los abusos sexuales contenida en el artículo 181.5 CP.

227.- El **artículo 180.1.2ª CP** contempla la circunstancia agravante de que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Ambas circunstancias remiten a bienes jurídicos distintos: integridad física, de un lado, e integridad moral, en el otro. Por ello, por razón de una mejor sistemática, sería conveniente que la circunstancia violencia de extrema gravedad se ubique en el artículo 180.1.6ª CP (uso de armas u otros medios igualmente peligrosos) cuyo bien jurídico subyacente es el mismo. Debe llamarse la atención de que la introducción de la circunstancia de la concurrencia de violencia de extrema gravedad responde a la incorporación



de lo previsto en el artículo 46.f del Convenio de Estambul, pero tal agravación determina que el tipo básico de agresión sexual absorbe los supuestos en que concurra violencia, aunque esta sea grave, lo cual redundará en las consideraciones ya efectuadas sobre el efecto de desprotección que puede generar la opción por la parificación de todos los medios comisivos de un ataque a la libertad sexual en único tipo.

228.- El carácter particularmente degradante o vejatorio se predica actualmente de la violencia o intimidación (art. 180.1.1ª CP vigente), por lo que la agravante se vincula al medio comisivo. La propuesta se refiere a «actos» que revistan tal carácter y que precedan o acompañen a la agresión sexual. El término actos tanto puede referirse a los medios comisivos como al acto de naturaleza sexual en que consista el atentado, por lo que se amplía el campo de aplicación de la agravante.

229.- En el **artículo 180.1.3ª CP** se mantiene sustancialmente la redacción vigente, introduciendo, sin embargo, como cláusula abierta la de que la situación de especial vulnerabilidad puede apreciarse «*por cualquier otra circunstancia*». No parece que de este enunciado se desprenda una voluntad del prelegislador de apartarse de la doctrina jurisprudencial que ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva del inciso «*víctima especialmente vulnerable por razón de su situación*» que vinculaba el motivo de la vulnerabilidad a la propia persona y no a factores objetivos o exteriores a la misma, que podían subsumirse en la agravante genérica del artículo 22.2 CP (SSTS 1386/2005, de 23 de noviembre [ECLI:ES:TS:2005:7539], y 625/2010, de 6 de julio [ECLI:ES:TS:2010:3840]).

230.- Se introduce una nueva circunstancia agravante en el **artículo 180.1.4ª CP**: «*Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*». La novedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.a del Convenio de Estambul, pero con la relevante variación de que la redacción propuesta introduce una variable de género que está ausente en el Convenio que se refiere a «*que el delito se hay cometido contra un cónyuge o pareja de hecho*».

231.- La nueva circunstancia agravante específica, a la vista de la evolución jurisprudencial, viene a consolidar normativamente la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación, y además concurre el plus de culpabilidad del autor por el desprecio a la comunidad de convivencia (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre [ECLI:ES:TS:2018:3164],



99/2019, de 26 de febrero [ECLI:ES:TS:2019:591], 452/2019, de 8 de octubre [ECLI:ES:TS:2019:3035]).

232.- El **artículo 180.1.7ª CP** introduce como circunstancia el hecho de que para la comisión del delito el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, formulando como agravante lo que ahora es un medio comisivo del delito de abusos sexuales (art. 181.2 CP vigente). La redacción proyectada merece una valoración favorable que recoge el mayor desvalor de este tipo de conductas y que como se había puesto de manifiesto por la doctrina constituyen una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente.

233.- Se suprime el actual artículo 182 CP vigente que tipifica el delito de abuso realizado mediante engaño o prevalimiento sobre persona mayor de 16 años y menor de 18 años, reconduciéndose tal conducta al tipo básico de agresiones sexuales del artículo 178 CP.

234.- El **artículo 181 CP** proyectado tipifica las agresiones sexuales a menores de 16 años. La redacción del tipo básico contenida en el apartado 1 mejora técnicamente la actual regulación del artículo 183.1 CP vigente. La literalidad del tipo actual («*el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*») ha podido plantear dudas acerca de si se trata de un delito de propia mano del que se excluye aquellos actos sexuales que no impliquen contacto entre el sujeto activo y pasivo. Se trataba de dudas doctrinales que no han llegado a plantearse en nuestra jurisprudencia para quien las formas comisivas del delito admiten tanto el contacto directo del sujeto activo con el menor como los supuestos en que no concurra contacto corporal ni contigüidad física alguna (STS 301/2016, de 12 de abril [ECLI:ES:TS:2016:1487]). La letra del tipo deja claro ahora que el tipo incluye los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

235.- El **artículo 181.2 CP** tipifica las modalidades agravadas de agresión sexual contra menores de 16 años, por remisión a las formas comisivas contempladas en el artículo 178. Se introduce un tipo atenuado facultativo similar al previsto en el artículo 178.3 CP, si bien en lugar de «*menor entidad del hecho*» se dice «*menor gravedad del hecho*». Son trasladables en este punto las mismas observaciones expuestas más arriba sobre la falta de taxatividad del precepto.

236.- El **artículo 181.4 CP** contempla un listado de circunstancias agravantes respecto del que se reiteran las consideraciones ya formuladas



sobre la ubicación sistemática de la agravante «*violencia de extrema gravedad*», la amplitud del concepto de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y sobre el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima.

237.- La agravante contemplada en la letra f del artículo 181.4 CP proyectado supone trasladar al ámbito de las agresiones sexuales contra menores lo ya previsto para las agresiones sexuales contra mayores de 16 años, y supone una mejora técnica respecto de lo establecido actualmente en el artículo 183.4.f CP vigente, que contiene conceptos más abiertos e imprecisos.

238.- La agravante prevista en el **artículo 181.4.d CP** produce cierta perplejidad, pues tras la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio. No es descartable que puedan darse casos de relación de pareja en la que al menos uno de sus miembros se menor de 16 años, pudiendo ser aplicable la agravante en estos supuestos. En todo caso, el prelegislador debería reajustar la redacción de este precepto.

239.- El **artículo 182 CP** mantiene el delito contemplado en el artículo 183 bis CP vigente con alguna variación relevante. Por un lado, se elimina del tipo la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual con buen criterio pues tales conductas pasan a estar expresamente contempladas en el tipo básico del artículo 183.1 CP proyectado. Se mantiene, en cambio, la conducta típica consistente en hacer presenciar actos de naturaleza sexual, tal y como exige la Directiva UE/2011/93. En el tipo agravado previsto en el artículo 182.2 CP proyectado con el fin de mantener un nivel adecuado de precisión debería sustituirse el término «*delito de carácter sexual*» por «*delito contra la libertad sexual*».

240.- El **artículo 183 bis CP** proyectado introduce mejoras técnicas en la redacción del artículo 183 quater CP vigente. En particular, ha de valorarse favorablemente la limitación de la eficacia para la exclusión de responsabilidad penal del consentimiento del menor, que se circunscribe a los tipos básicos de agresión sexual del artículo 181.1 CP y del artículo 181.2 CP, a diferencia de la regulación vigente que extiende tal eficacia a todos los delitos contenidos en el capítulo II del título II. Esta precisión del ámbito de eficacia excluyente de la antijuricidad del consentimiento dota de mayor seguridad jurídica al precepto, pues al tener que tratarse de un consentimiento libremente formado es claro que deben excluirse los supuestos en que se haya obtenido mediante violencia, intimidación, engaño, abuso, etc. Esta limitación de la eficacia del consentimiento que en la



redacción vigente queda en manos del intérprete, se expresa ahora de modo claro y preciso en la norma.

241.- El **cuadro penológico** contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII supone una reducción del límite máximo de algunas penas.

242.- Así en el caso del tipo básico de agresión sexual se establece una pena de prisión de 1 a 4 años, cuando la vigente para agresiones sexuales es prisión de 1 a 5 años. Es cierto, sin embargo, que al absorberse los abusos sexuales en el tipo proyectado de agresión sexual se produce un agravamiento de la sanción penal de estas conductas penadas ahora con prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

243.- En el caso del tipo básico de violación se prevé una pena de prisión de 4 a 10 años, mientras que actualmente la violación se pena con 6 a 12 años de prisión y en el caso de abusos sexuales con penetración de 4 a 10 años.

244.- Para los tipos agravados, en el caso de agresión sexual la pena es de 2 a 6 años de prisión, mientras que actualmente es de 5 a 10 años. El tipo agravado de violación pasa de penarse de 12 a 15 años, cuyo límite superior se equipara al tipo básico de homicidio doloso (art. 138.1 CP), a una pena de 7 a 12 años.

245.- Ciertamente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el establecimiento de la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo es expresión de «*un complejo juicio de oportunidad*» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6) en la elaboración de la política criminal. Respecto de los marcos penales proyectados cabe señalar que el anteproyecto no ofrece una justificación de los nuevos umbrales de pena previstos. Por otro lado, la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente.

246.- El **artículo 184 CP** proyectado introduce como novedad destacable en la regulación del acoso sexual la previsión de la pena de inhabilitación especial de un año a quince meses para el tipo básico y de uno a dos años para el tipo agravado.

247.- Se modifica la tipificación del proxenetismo no coactivo en el **artículo 187.2 CP** proyectado, incorporando, aparentemente, un concepto más amplio de explotación. El vigente artículo 187.1 segundo párrafo, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 establece dos hipótesis en las que debe apreciarse la explotación lucrativa de la prostitución (consentida) de otra



persona: cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad o cuando se impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. El precepto proyectado dispone ahora que *«se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación»*.

248.- Parece clara la intención del prelegislador de ampliar el concepto de explotación vinculándolo a la existencia de una relación de dependencia o subordinación, esto es, que quien se lucra de la prostitución ajena controla, dirige y fija las condiciones de su ejercicio. Estos elementos objetivos del concepto típico de explotación resultan más asequibles al esfuerzo probatorio. Ahora bien, este planteamiento se ve empañado con el uso del sustantivo aprovechamiento, pues parece añadir un ítem distinto al del lucro cuyos contornos resultan difícilmente identificables. En este sentido, debería eliminarse el inciso *«aprovechamiento de»*.

249.- El **artículo 187 bis CP** proyectado introduce como delito contra la libertad sexual la denominada tercería locativa, actualmente impune, pero lo hace en unos términos tan exigentes que resulta dudoso que la finalidad de conminar penalmente este tipo de conductas que inciden sobre la libertad sexual de las personas sea realmente eficaz.

250.- El requisito de habitualidad deja fuera del tipo las conductas de quienes ceden con ánimo de lucro un espacio para la explotación de la prostitución de otra cuando tenga carácter más o menos puntual o no reiterado. No parece que la habitualidad exprese una cantidad de desvalor en comparación con la tercería locativa realizada de forma ocasional o no reiterada de tal magnitud que justifique que sólo esta forma comisiva merezca reproche penal. La tercería locativa no deja de contribuir a la explotación de la prostitución ajena, aunque no tenga carácter habitual, pues la lesión del bien jurídico protegido no desaparece por falta de reiteración. Por ello, debería contemplarse la punición de la tercería locativa no habitual como modalidad atenuada.

251.- Por otro lado, la delimitación de los espacios destinados a la explotación de la prostitución ajena que tienen relevancia típica parece responder a una visión del fenómeno que se quiere combatir que adolece de cierto convencionalismo. Debería establecerse una descripción más abierta de los espacios típicos que permita abarcar otro tipo de lugares idóneos (caravanas, tiendas, etc.) para la explotación de la prostitución.

252.- El **artículo 189 bis CP** en relación con las penas imponibles a las personas jurídicas penalmente responsables se introduce como mejora técnica la expresa previsión de la disolución de la persona jurídica.



253.- Se valora favorablemente la reubicación del **artículo 190 CP** dentro del capítulo VI relativo a las disposiciones comunes.

254.- El **artículo 194 bis CP** proyectado introduce una norma concursal conforme a la cual los delitos cometidos contra la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero y los delitos contra la libertad sexual se castigarán separadamente, esto es, conforme al principio de acumulación propio del concurso real.

255.- Con esta previsión normativa parece que deberá entenderse corregida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual las lesiones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual deben considerarse consumidas en el tipo delictivo, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil (Acuerdo del Pleno no jurisdicción de la Sala II de 10 de octubre de 2003, recogido en SSTS 7 de noviembre de 2013, 22 de octubre de 2015 y 5 de febrero de 2018). Por otra parte, respecto de las lesiones físicas, la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que la agresión sexual o la violación en su tipificación actual consume las lesiones producidas por la violencia como medio comisivo típico (SSTS 10 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2008). Con la regulación proyectada, en cambio, en la medida en que el tipo básico de agresión sexual no contempla específicamente como medio comisivo la violencia, cabe entender que el delito de agresión sexual no consumiría las lesiones producidas por la violencia, procediendo la aplicación de la norma concursal. En todo caso, debe subrayarse que no resulta justificado apartarse de las reglas concursales generales, bien definidas en su aplicación por la jurisprudencia, mediante el establecimiento de reglas especiales de concurso.

f) Consideraciones sobre la modificación de la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

256.- En la **disposición final sexta** se modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dando una nueva redacción al apartado 2 del artículo 1, que viene referido al objeto de la ley reformada. Resulta evidente que el objetivo de la reforma es una ampliación de dicho objeto, pero al hacerlo se incurre en una reiteración innecesaria que podría generar un efecto contrario al pretendido. Así, dado que la redacción actual establece que *«Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia»*, resulta innecesario y reiterativo que se añada *«incluyendo todos los contemplados en el Título VIII del Libro II del Código Penal»*, toda vez que



es dicho Título el que tipifica los delitos contra la libertad sexual. Igual reiteración supone la inclusión específica de *«los delitos de terrorismo que consistan en un ataque a la libertad sexual y los delitos contra la comunidad internacional que afecten a la libertad sexual»*. Del mismo modo, el homicidio de la víctima aparece suficientemente contemplado en la ley, y de una forma adecuada desde el punto de vista sistemático, tanto a través del primer párrafo del artículo 1 como mediante la regulación de las ayudas a las víctimas indirectas que se realiza en el artículo 2, ya que, en caso contrario sería necesario incluir dicha referencia al homicidio en relación con todas las víctimas y no solo con las de violencia sexual, convirtiendo esta disposición de la ley en un artículo extenso y confuso. En cuanto a varias de las conductas que se enumeran a continuación, concretamente las detenciones ilegales o secuestros llevados a cabo con intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, suponen también en sí mismas bien una tentativa, bien un consumado ataque a la libertad sexual, lo que conduce a su inclusión automática en el precepto general. Del mismo modo, no se entiende la necesidad de inclusión de *«la abstención de actuar de una autoridad o funcionario para evitar un delito contra la libertad sexual, la omisión del deber de impedir un delito contra la libertad sexual»*, toda vez que si el atentado contra la libertad sexual se ha producido, la víctima entraría dentro del objeto de la ley que se establece actualmente, sin perjuicio de que en la comisión de dicho delito pudieran resultar penalmente responsables otras personas por conducta omisiva, cuestión que no es ni debe ser objeto de regulación en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre. Finalmente, la inclusión del *«abandono de menores de edad o incapaces mayores con capacidad modificada judicialmente, que ponga en peligro su libertad sexual»*, se presenta como una sentencia abierta e indeterminada, que exige de la prueba de que dicha puesta en peligro se habría efectivamente producido. Por otra parte, no es correcto referirse a “incapaces mayores con capacidad modificada judicialmente”, pues la capacidad modificada judicialmente denota la persistencia de la capacidad de la persona, por más que esté modificada en su contenido y extensión, siendo más correcto y más conforme al nuevo paradigma de la discapacidad referirse a “personas mayores con capacidad modificada judicialmente”.

257.- En definitiva, el intento de extender el objeto mediante una amplia enumeración de conductas que atentan contra la libertad sexual no solo resulta innecesario, como se ha señalado anteriormente, sino que implica el riesgo de delimitar el precepto en la práctica, al no ser posible describir toda la posible casuística, siendo la redacción actual más adecuada para poder abarcar cualquier ataque a la libertad sexual.



258.- Entre el resto de las modificaciones que se plantean, procede hacer las siguientes consideraciones en relación con el apartado 4 del artículo 6, relativo a la ayuda en caso de daños en la salud mental. La nueva redacción establece que para la reparación económica de los daños y perjuicios deberán ser evaluados una serie de conceptos: *«El daño físico y mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional, la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, el daño a la dignidad, el daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad, el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine y las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas»*. No resulta desacertado el intento de concreción de aspectos a ser evaluados en el muy difícil ámbito de la cuantificación de lo que genéricamente vendría a referirse al "daño moral", más cuando, como ha señalado el Tribunal Supremo *«En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente»* (por todas, SSTS 105/2005 de 29 de enero de 2005 - ECLI: ES:TS:2005:421 y SSTS 40/2007 de 26 de enero de 2007- ECLI: ES:TS:2007:837). Ahora bien, procede poner de manifiesto la incongruencia que se produce entre alguno de los conceptos a ser evaluados, al venir referido el precepto exclusivamente a los "daños en salud mental", toda vez que dichos conceptos hablan a su vez específicamente de "daño físico", "daños materiales", y "tratamiento de salud sexual y reproductiva", resultando sistemáticamente más adecuado y clarificador que se incluyesen en dicho apartado únicamente las nociones directamente relacionadas con el daño mental y/o moral, y que se añadiera un nuevo apartado referido a daños físicos y materiales, o se optase simplemente por ampliar la referencia a "daños físicos, psíquicos, morales y materiales".

259.- En el apartado 1 del artículo 7 se añade un nuevo párrafo por el que se amplía la prescripción para la solicitud de ayudas en caso de víctimas de delitos de género o contra la libertad sexual a tres años. Debe señalarse que la ampliación del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas a tres años respecto de las víctimas de violencia de género ya se había incorporado en la Ley mediante la adición de un apartado 4 al artículo 7 por



la Ley 6/2018, de 3 de julio, por lo que el APLO en este punto viene a incorporar a este singular régimen a las víctimas de delitos contra la libertad sexual. En consecuencia, debería derogarse el apartado 4 del artículo 7. Por otro lado, cabe indicar que al fijarse como *dies a quo* del plazo, «*en todo caso*», la fecha en la que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso, se puede genera dificultades para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción en los supuestos de víctimas cuya condición de tales se haya determinado por vías ajenas al proceso penal.

260.- Por último, debe hacerse referencia a la modificación que se introduce en el apartado 5 del artículo 15, que añade al mismo el siguiente párrafo: «*Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º o 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya dicha resolución judicial, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley*». Debe significarse que no forma parte de la misión constitucional del Ministerio Fiscal, establecida en el artículo 124 de la Constitución, facilitar a las víctimas la obtención de ayudas, sin perjuicio de su obligación, como acusador público, de llevar a cabo todas las acciones necesarias para el adecuado ejercicio de la acción penal y civil (artículo 3.4. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que implica instar a la autoridad judicial la práctica de las diligencias necesarias para que pueda ser determinada la responsabilidad civil por los daños causados por el delito, así como velar por la protección procesal de las víctimas (artículo 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Por ello, no resulta adecuado que por vía de la modificación de la Ley de 35/1995 se imponga al Ministerio Fiscal una obligación que no se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en su Estatuto Orgánico.

261.- El resto de las modificaciones planteadas a la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual suponen una extensión a las víctimas de delitos contra la libertad sexual de las disposiciones referidas actualmente a las víctimas de violencia de



género, lo que resulta congruente con el objetivo general del Anteproyecto objeto de informe.

g) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

262.- En relación con las modificaciones que introduce la **disposición final séptima**, resultaría técnica y sistemáticamente más adecuado que en vez de añadir el artículo 31 ter, que reproduce el artículo 31 bis pero en relación con las víctimas de violencia sexual, se hiciesen las adaptaciones oportunas en el mismo artículo 31 bis relativo a las víctimas extranjeras de violencia de género para incluir a las víctimas de violencia sexual.

263.- Por otra parte, con independencia de que se opte por incluir en el artículo 31 bis a las víctimas de violencia sexual o por mantener el nuevo artículo 31 ter, debe tomarse en consideración la regulación contenida en el artículo 59 bis de la Ley, referida a las víctimas extranjeras de trata de seres humanos. Este artículo establece una protección limitada, que requiere la cooperación de la víctima con las autoridades, en tanto que el nuevo artículo 31 ter -o el ampliado artículo 31 bis, en su caso-, el cual es aplicable a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, ofrece una protección sin condicionamiento de cooperación. Se produce una aparente concurrencia normativa que pudiera producir problemas en la determinación de la norma aplicable, y dar lugar a resultados contrarios a la finalidad y objetivo de la ley proyectada. Esta concurrencia queda salvada si entendemos, como parece indicar el artículo 31 ter, que el criterio que habrá de determinar la aplicación de uno u otro régimen de protección es la existencia o no de denuncia de los hechos presuntamente delictivos, de modo que el régimen proyectado en artículo 31 ter se aplicaría para el caso en que se haya formalizado ya el inicio de la investigación a través de la denuncia, mientras que el régimen del artículo 59 bis se desenvolverá en las fases previas a la formulación de la denuncia, aplicándose a todas las víctimas potenciales de trata de seres humanos.

h) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

264.- La **disposición final octava**, destinada a modificar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, realiza diversas adaptaciones en los artículos 37, 38, 66 y 68 destinadas a



incluir en los mismos la correspondiente referencia específica a la violencia sexual, de conformidad con el carácter y objetivo del Anteproyecto.

i) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

265.- La **disposición final décima** aborda la reforma de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyo objeto es *«regular el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas con la finalidad de garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 1).*

266.- Se introducen modificaciones en el apartado 30 del artículo 7, que recoge, en su redacción actual, la falta grave de *«Realizar, ordenar o tolerar o no denunciar actos que, de cualquier modo, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»*

267.- Se articula con dicha reforma una nueva y diversa enumeración de los motivos de discriminación, optándose por la siguiente: *«discriminación por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad»*. A lo largo del texto del Anteproyecto objeto de informe se hace continua referencia a los diversos motivos de discriminación, y de forma destacada en el apartado 4 del artículo 2, relativo a los principios rectores, se señala que *«Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa de residencia, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*, recogiendo una enumeración indudablemente más extensa que la establecida en el artículo 14 de la Constitución *-nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social-*, si bien es sabido que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en innumerables resoluciones (por todas, STC 75/1983, de 3 de agosto - ECLI:ES:TC:1983:75 y STC 200/2001, de 4 de octubre -



ECLI:ES:TC:2001:200): «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE».

268.- Nada hay que objetar, por tanto, a la explicitación de las posibles causas de discriminación que constitucionalmente aparecen bajo el paraguas de “cualquier otra circunstancia personal o social”, más aún teniendo en cuenta que ya se había optado por dicha extensión en la actual redacción, así como en otras múltiples disposiciones legales. Extraña, sin embargo, que en la modificación de la Ley disciplinaria militar se opte por una nueva enumeración que no aparece recogida en dichos términos en el texto proyectado ni en la MAIN del Anteproyecto, sin que aparezca explicación o justificación alguna de dicha específica modificación de esta disposición legal -que no se extiende a otras regulaciones relativas a los servidores públicos como la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil (artículo 7.4), Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (Artículo 7.1. n), o el más genérico Real Decreto 5/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto del Empleado Público (artículos 14 i), 53.4, 95.2b)-, siendo la redacción actual no sólo suficientemente amplia, sino más adecuada para una interpretación ajustada a las circunstancias gracias a la expresión *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* que, no obstante, se elimina en la nueva redacción, por lo que se sugiere la conveniencia de que el prelegislador mantenga la actual redacción o incluya la citada frase como cierre del precepto.

269.- Se añade *in fine* en el artículo 7.30 la expresión «cuando no sean constitutivos de delito», lo que debe calificarse de reiterativo, toda vez que el artículo 7 se encabeza estableciendo «Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito», sin que sea necesaria su adición en todos y cada uno de los apartados y sin que aparezca justificado que solo se reitere en el apartado 30.

270.- Del mismo modo, la modificación que se realiza queda incompleta, toda vez que no se lleva a cabo la correlativa reforma del apartado 12 del artículo 8, que regula la falta muy grave de «Realizar, ordenar o tolerar actos que afecten a la libertad sexual de las personas o impliquen acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional u otros que, de cualquier modo y de forma reiterada, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en



el trabajo, o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

271.- Se produce de esta forma una tipificación deficiente y confusa, que añade a la falta grave las acciones de *«acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales»*, cuando *«realizarlas, ordenarlas o tolerarlas»*, encontraban ya su específica regulación, por su mayor gravedad, en el artículo 8.12. En todo caso, si el objeto de la reforma fuese que el «no denunciar», acción típica exclusiva del artículo 7.30, se extendiera a las conductas de *«acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales»*, procedería que se especificase correctamente en el enunciado del precepto proyectado.

j) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito

272.- En su **disposición final decimoprimera** el Anteproyecto lleva a cabo la modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, reformando en primer lugar el artículo 5.1.m), en el que se sustituye el *«derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7»* por el más directo *«derecho a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7»*, de tal forma que los órganos jurisdiccionales ya no tendrán que esperar a recibir la correspondiente solicitud, sino que estarán obligados *prima facie* a notificar a la víctima dichas resoluciones. La modificación propuesta ahorra a las víctimas la necesidad de proceder primero a solicitar dicha notificación para poder tener derecho a ella, mejorando la efectividad del sistema de protección y despejando dudas respecto a dicho derecho a la notificación cuando se producía algún tipo de problemas en relación con la solicitud y su tramitación. Bien es cierto que, dado que esta disposición se configura como un derecho básico de las víctimas, a pesar de no ser parte del procedimiento penal, y dado también precisamente el propio objetivo general de esta ley - *«minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal»*-, procedería incluir una cláusula que permitiese a estas manifestar su deseo de no recibir dichas notificaciones.

273.- De forma correlativa, se procede a la modificación del apartado 1 del artículo 7, eliminando la referencia a la víctima *«que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1»*, ampliando el



precepto a "toda víctima". En cuanto a la modificación que se realiza del apartado 3, y que consiste en la ampliación del precepto original a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, resulta, sin embargo innecesaria, siendo lo procedente, a tenor de las modificaciones anteriores, eliminarla, ya que si todas las víctimas tienen derecho a ser notificadas de todas las resoluciones enumeradas en el apartado 1, resulta incongruente y reiterativo establecer en el apartado 3 que determinadas víctimas -de violencia de género y de delitos contra la libertad sexual-, deberán ser notificadas de las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d).

274.- En relación con la modificación del apartado 4 del artículo 23, que amplía la disposición relativa a las víctimas menores de edad de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales a todas las víctimas de delitos contra la libertad sexual -se elimina la referencia a "indemnidad sexual" en consonancia con la reforma del Código Penal que se plantea en la disposición final quinta-, procede recordar que, tal y como se establece en el preámbulo de la ley, el *«Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor. Se parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado»* (el subrayado en nuestro).

275.- De esta forma, el Estatuto de la Víctima contempla actualmente solo diferencias específicas para las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección, en consonancia con la propia naturaleza de dichas víctimas, estableciendo que *«Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas»*.

276.- El artículo 23 del Estatuto, cuyo apartado 4 se modifica, está destinado a la *evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección*, estableciéndose en el apartado 2 b) que se tendrá en cuenta la naturaleza del delito y especialmente las necesidades de protección de las víctimas de una serie de crímenes, entre los que se



encuentran aquellos contra la libertad e indemnidad sexuales. El apartado 4, de conformidad con el preámbulo de la ley, dispensa una protección especial y específica a los menores de edad, estableciendo la obligatoriedad de adoptar en relación con ellos una serie de medidas estipuladas en el artículo 25, concretamente las contenidas en las letras a, b y c de su apartado 1. La reforma proyectada opta por extender la obligatoriedad de adoptar dichas medidas en relación con las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

277.- Así, aunque cualquier víctima de un delito grave contra la vida e integridad moral o la libertad -tentativa de homicidio, lesiones graves, secuestro, tortura, etc.-, delitos susceptibles de causar un profundo daño físico, mental y moral, y de provocar secuelas, o de cualquier otro de los delitos enumerados en el apartado 2 b) del artículo 23 del Estatuto -y que a tenor del mismo deben ser objeto de especial consideración en la evaluación-, tiene derecho a que se les apliquen las medidas de los apartados a, b y c del artículo 25.1, ya que este recoge que *podrán ser adoptadas* en relación con cualquier víctima, la reforma proyectada sitúa a las víctimas de delitos de violencia sexual en un plano de especial protección, de conformidad con las características específicas de este tipo de violencia y sus consecuencias victimológicas, y de acuerdo con el Convenio de Estambul y las recomendaciones internacionales.

278.- La reforma incluye también la obligatoriedad de la aplicación del apartado d) del artículo 25.1, debiendo reseñarse al respecto que, según su propia dicción, éste ya es de aplicación a las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

279.- Todo ello entra en relación directa con la modificación proyectada en el artículo 26, y que incluye a las víctimas por delitos contra la libertad sexual, situándolas en el mismo plano de especial protección que a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad, a efectos de una posible doble victimización, y que, en última instancia, sería el paraguas sobre el que se asientan las anteriores reformas analizadas, y que respondería, como ya se ha señalado, a las características victimológicas específicas que presentan los crímenes de violencia sexual.

280.- Se sugiere que en la modificación del apartado b del artículo 25.1 se sustituya la expresión *«así como en género»*, por *«así como formación en género»*, para mayor claridad.

281.- Por último, procede señalar que, en caso de que se lleve a cabo la modificación del Código Penal en los términos planteados en la disposición



final quinta del Anteproyecto, con la modificación del Título VIII y la eliminación de la palabra «*indemnidad*» de su rúbrica, procedería llevar a cabo las correspondientes modificaciones en las referencias contenidas en el Estatuto en los artículos 13.1 a), 19.1, 23.2 b) y 23.4.

k) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar

282.- La **disposición final decimosegunda** aborda la modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Se modifica en primer lugar el artículo 42, que tipifica una de las modalidades del delito de «insulto a superior», siendo la variación más relevante la eliminación de la palabra “indemnidad”, en línea con la correlativa modificación de la tipificación delictiva llevada a cabo en el Código Penal ordinario y anteriormente analizada.

283.- Se aborda a continuación la modificación de los artículos 47 y 48, que tipifican dos modalidades del delito de «abuso de autoridad». En el primer caso, las modificaciones introducidas, consistentes en eliminar la referencia al “abuso sexual” y a la “indemnidad sexual”, resultan también coherentes con la modificación efectuada en el Código Penal ordinario.

284.- En el caso del artículo 48, procede incidir en que, al eliminarse la exigencia de la gravedad en relación con la acción típica de realizar actos de discriminación, se produce una equiparación entre el tipo penal y la falta disciplinaria anteriormente analizada (artículo 7.30 de la Ley disciplinaria militar), por lo que procedería, bien mantener la graduación, bien eliminar la tipificación disciplinaria, convirtiendo la conducta, independientemente de su gravedad, en delictiva, lo que, sin embargo, podría resultar contrario al principio de intervención mínima del Derecho Penal. Debe tenerse en cuenta que, tal y como se establece en la exposición de motivos de la Ley Disciplinaria Militar: «*Al tipificar las faltas, se ha tenido muy en cuenta la especial gravedad de algunas conductas como las que afectan a la libertad sexual de las personas, implican acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, atentan contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo, o suponen discriminación. [...]. En ambos casos el reproche disciplinario es complementario de la conducta dolosa constitutiva de delito militar o común*».

285.- Seguidamente se modifica del artículo 49, que recoge una de las modalidades de los «delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los militares», eliminando también, de forma



coherente con las modificaciones realizadas en el Código Penal, las referencias a "abuso sexual" e "indemnidad sexual".

286.- Debe ponerse de manifiesto que, dadas las modificaciones relativas a los motivos de discriminación que se producen en la Ley Disciplinaria Militar y en el artículo 48 del Código Penal Militar, procedería, si se deciden mantener las mismas, introducir idéntica reforma en el artículo 50, pues de lo contrario se produciría una distinción incoherente. Del mismo modo, si finalmente se optase por eliminar la "gravedad" de la acción del artículo 48 en relación con los actos de discriminación -y por tanto, la correlativa modificación de la ley disciplinaria con la eliminación de dicha falta-, también procedería eliminar dicha exigencia de gravedad en el artículo 50.

I) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

287.- La **disposición final decimoctava** trata la especialización del sistema judicial en violencias sexuales estableciendo en su párrafo primero que *«En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados»*.

288.- Nuevamente, al igual que ocurre con varias de las modificaciones introducidas, no encontramos en la MAIN explicación o justificación de esta disposición, más allá del repetido objetivo genérico del Anteproyecto objeto de informe de otorgar una protección integral de las víctimas de violencia sexual. No hay referencia alguna a las ventajas prácticas, económicas, de solución de doble victimización o de cualquier otra índole que esta modificación pudiese reportar, ni a sus posibles desventajas. No hay tampoco alusión alguna a la existencia de mandatos o recomendaciones de carácter internacional o a la existencia de órganos así especializados en otros países, con análisis de su experiencia.



289.- A título meramente indicativo puede señalarse que esta especialización no se ha llevado a cabo en países de nuestro entorno que nos proporcionen datos útiles para abordarla, ya que la recomendación 3.2.5. del *Handbook* de Naciones Unidas sobre *Legislación en violencia contra las mujeres* de crear tribunales especializados o procedimientos especiales en relación con la violencia contra las mujeres ha supuesto la implementación en diversos países, incluido España, de tribunales especializados en violencia doméstica pero no en violencia sexual desvinculada del vínculo conyugal o afectivo.

290.- Los Tribunales especializados en violencia sexual han sido implementados con éxito en otros países, por ejemplo, en Sudáfrica, donde las encuestas mostraban una prevalencia de alrededor de 134 violaciones/tentativas de violación por 100.000 habitantes (Statistics South Africa, 2000). En una encuesta en la que se preguntaba a los hombres si había cometido alguna violación, más de una cuarta parte (27.6%) afirmaron que habían violado a una mujer o niña, un 4,6% en el último año. Los Tribunales especializados comenzaron a funcionar en 1993, y han alcanzado cifras de condena de entre el 70% y 95%, comparadas con la media de condenas del 10% (South African Law Commission, 2001), si bien también ha sido destacada la falta de recursos especializados y de infraestructura a la que se enfrentan estos Tribunales¹.

291.- En definitiva, y a falta de mayores referencias en la MAIN del Anteproyecto, debe partirse de la importancia de analizar con detenimiento la verdadera dimensión de la reestructuración que se pretende en nuestro país, y su adecuada definición y concreción, de tal forma que, si bien el prelegislador deja la concreta forma de articulación de dicha especialización a los futuros proyectos de reforma de la LOPJ y del Estatuto del Ministerio Fiscal, es conveniente realizar ahora una serie de consideraciones sobre esta cuestión.

292.- La LOPJ contempla, dentro de la jurisdicción ordinaria, cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes (artículo 9), a los que atribuye sus respectivas competencias: el orden jurisdiccional civil, el orden jurisdiccional penal, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden jurisdiccional social. En algunos de estos órdenes configura órganos jurisdiccionales atribuyéndoles una competencia especial en determinadas materias, en unos casos de forma exclusiva y excluyente, y en otros de forma exclusiva pero no excluyente. Así, configura y dota de competencia a los Juzgados de lo

¹ Directorate General For Internal Policies, *Overview of the worldwide best practices for rape prevention and for assisting women victims of rape*, European Parliament, 2013.



mercantil y a las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en lo mercantil (artículos 86 bis, 80.3 y 82.2-2º y 3º). Y crea, dentro del orden jurisdiccional penal, los juzgados de violencia sobre la mujer (artículo 87 bis), que extienden su competencia por razones funcionales y de conexión a ciertas materias y asuntos de naturaleza civil (artículo 87 ter.2), así como los Juzgados de lo Penal y las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en dicha materia (artículos 89 bis.2, 87 ter y 82.1-3º), además de los Juzgados de menores (artículo 96) y los Juzgados de vigilancia penitenciaria (artículo 94).

293.- Junto con estos órganos jurisdiccionales especializados se encuentran aquellos otros que tienen atribuida de forma específica, y también de forma exclusiva y excluyente, o exclusiva y no excluyente, según los casos, el conocimiento de determinadas materias por virtud de lo previsto en el artículo 98.1 y 2 de la LOPJ. De este modo, se ha articulado la "especialización" de los Juzgados de familia, de los Juzgados de incapacidades, y de determinados Juzgados de lo penal con competencia en materia de violencia sobre la mujer (con apoyo, en este caso, además, en lo dispuesto en el artículo 89 bis.2 LOPJ).

294.- A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura ley orgánica de modificación de la LOPJ, no aparece clarificado por el momento si la futura especialización prevé la creación de órganos jurisdiccionales específicos que -se debe entender dentro del orden jurisdiccional penal- abordarían de forma exclusiva y excluyente los delitos de violencia sexual, o si se opta por una revisión de las competencias que tienen actualmente atribuidos los Juzgados de violencia sobre la mujer, a fin de incluir los delitos contra la libertad sexual, sin necesidad de creación de nuevos órganos especializados, pero, indudablemente, con la necesidad de incrementar el número de Juzgados de violencia para hacer frente a sus nuevas competencias. Y ello porque, a pesar de que la disposición final decimoctava señala que "se revisarán las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer", no queda determinado si ello sería para aumentar sus competencias, o para reducir las y/o ajustarlas como consecuencia de la creación de otros órganos jurisdiccionales especializados.

295.- En su redacción actual, el artículo 87 bis de la LOPJ recoge que los Juzgados de violencia sobre la mujer conocerán:

«a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad



moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente».

296.- Por tanto, actualmente los Juzgados de violencia sobre la mujer atraen la competencia sobre delitos cometidos sobre mujeres adultas, por aquellos que mantienen con ellas una relación conyugal o de análoga afectividad - incluidos los delitos contra su libertad sexual-, así como, excepcionalmente, y solo en el caso de que se haya producido alguno de esos actos de violencia de género, los delitos cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o



conviviente. Queda por ello fuera de su competencia cualquier otro tipo de violencia intrafamiliar sexual o no sexual cometida por otros familiares o convivientes sobre las mujeres y los menores, así como la violencia sexual genérica -cometida por cualquier sujeto conocido o desconocido por la víctima-, y la violencia sexual cometida contra hombres o contra menores no convivientes.

297.- A pesar de que las competencias señaladas no son extensas, el volumen de asuntos que se incoan en estos Juzgados es significativamente numeroso, como podemos ver en los siguientes datos del año 2019 -puesto que los del 2020 aún no ha sido cerrados-:

ASUNTOS PENALES. Por tipos de procesos					
	Ingresados Directamente	Ingresados procedentes otros órganos	Reabiertos	Resueltos	Pendientes al finalizar
Andalucía	36.263	7.663	203	43.510	7.549
Aragón	3.292	2.243	47	5.480	830
Asturias	3.465	279	30	3.688	672
Illes Balears	5.760	2.811	36	8.280	1.795
Canarias	8.216	3.028	186	11.148	1.230
Cantabria	2.215	170	44	2.403	240
Castilla y León	6.853	280	18	6.945	1.464
Castilla-La Mancha	7.239	594	12	7.438	2.271
Cataluña	28.337	2.909	146	30.208	6.292
Comunitat Valenciana	28.269	1.628	426	29.074	5.397
Extremadura	2.831	428	5	3.272	1.089
Galicia	7.260	1.319	18	8.404	2.717
Madrid	32.175	2.986	226	35.597	4.871
Murcia	6.510	1.361	96	7.821	1.491
Navarra	2.197	155	24	2.224	688
País Vasco	7.293	908	118	7.756	2.287
La Rioja	1.070	69	0	1.101	300
España	189.245	28.831	1.635	214.349	41.183



298.- Por su parte, los datos numéricos relativos a los delitos contra la libertad sexual, correspondientes al año 2019, al no estar cerrados aún los del año 2020, son los siguientes:

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	Total	Hombre	Mujer
7. BIS Trata de seres humanos	105	82	23
8. Contra la libertad e indemnidad sexuales	3.296	3.216	80
8.1 Agresiones sexuales	428	427	1
8.1.1 Agresión sexual	392	391	1
8.1.2 Violación	36	36	0
8.2 Abusos sexuales	1.218	1.207	11
8.2 BIS Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años	529	523	6
8.3 Acoso sexual	69	68	1
8.4 Exhibicionismo y provocación sexual	432	426	6
8.5 Prostitución y corrupción menores	620	565	55
Total	3.401	3.298	103

299.- Los datos que se proporcionan vienen referidos al número de condenados por estos delitos. Puede observarse que son datos bajos, comparándolos con los relativos a violencia sobre la mujer que se han consignado anteriormente, pero no reflejan el cómputo global de litigiosidad relacionada con estos delitos, que debe presumirse más alta, aun teniendo en cuenta que, como es conocido, en este tipo de delitos el volumen de denuncias es sensiblemente inferior al de comisiones, y tomando en consideración que, de conformidad con la memoria anual de la Fiscalía de 2020, estos crímenes han sufrido un incremento porcentual del 12% desde el año 2017, recogándose igualmente en dicha memoria anual una cifra global de 4.578 delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en 2019.

300.- Estos datos deben ponerse en relación con el hecho de que a la hora de analizar la creación de órganos especializados o de aumentar las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer, nos encontramos ante una indefinición material de los asuntos concretos que se pretenden atribuir, y que, a tenor de lo establecido en el articulado del Anteproyecto parece que serían no solo los delitos contra la libertad sexual recogidos en el Título VIII del Código penal, sino todo delito -homicidio, secuestro, abandono de menores, trata de personas, terrorismo, etc.- que en su comisión hubiese atentado contra la libertad sexual. Ello implica no solo problemas de determinación de la naturaleza del delito y el órgano competente, sino un



evidente aumento del número de procedimientos judiciales cuya competencia podría atribuirse a los órganos jurisdiccionales especializados.

301.- A su vez, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 3 a) del Convenio de Estambul, que sirve de marco y guía del Anteproyecto objeto de informe: *«Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.»*

302.- En la enumeración de las competencias excluidas de los Juzgados de violencia sobre la mujer que se ha recogido más arriba se puede comprobar que los delitos contra la libertad sexual, tanto en su configuración actual como en el caso de que se introduzcan las modificaciones que se prevén en la disposición final quinta del Anteproyecto objeto de informe, abarcan una importante multiplicidad de conductas y pueden implicar una diversidad de sujetos. De forma destacada, y en relación con esta última cuestión, los presuntos autores pueden ser menores de edad, y su víctima mayor o menor de edad. Ello implicaría la necesidad de determinar qué órgano judicial, si el Juzgado de menores o el de violencia sobre la mujer (o el órgano judicial especializado), tendría atribuida la competencia, produciéndose en cualquiera de los casos una exclusión o excepción de una parte de la competencia general atribuida a cualquiera de ellos. Del mismo modo, debería determinarse si la creación de nuevos órganos especializados, si se opta por dicha su configuración, supondría la atribución de la competencia sobre la violencia sexual de género, quedando por tanto excluida de los Juzgados de violencia sobre la mujer. Finalmente, la violencia sexual sobre menores de edad presenta unas características específicas relevantes que obligan a plantearse la posibilidad de establecer a su vez órganos jurisdiccionales especializados en los crímenes sexuales contra niños y adolescentes.

303.- Todo lo anterior conduce a poner de manifiesto que, si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y de órganos jurisdiccionales especializados en infancia, adolescencia y familia, ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de sus configuración territorial, tal y como se señaló en sendos informes de este Consejo en relación con los Anteproyectos de ley respectivos (aprobados por el Pleno en su reunión de 29 de noviembre de 2018 y de 30 de mayo de 2019), la creación de órganos judiciales



especializados -o el incremento de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer- para conocer de los delitos de violencia sexual, conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con dichas competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales -con la creación de nuevos órganos o el aumento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y los Juzgados de lo penal y secciones de las Audiencias destinadas a esta tarea-, y un nuevo diseño de su organización territorial, sino también un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva organización sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que parece animar su creación, la mejor protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual.

304.- Junto con las consideraciones expuestas, de carácter estructural u organizativo, deben tenerse en cuenta otros argumentos, estos ya de índole conceptual, que sirven también para cuestionar la procedencia de articular la especialización jurisdiccional propugnada por el prelegislador. Se ha de partir, en línea de principio, de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los órganos judiciales a los que se refiere el artículo 26 de la LOPJ, y que, por virtud del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 117.5 CE, el ejercicio de la jurisdicción por los órganos que integran el Poder Judicial, como expresión jurídicamente organizada de la soberanía nacional, goza del mismo atributo de unicidad, de manera que la división en órdenes jurisdiccionales ex artículo 9 LOPJ no es sino mera manifestación del ejercicio de la jurisdicción articulado conforme a criterios de especialización material. Sobre esta base, la unidad de jurisdicción no impide la especialización de los órganos judiciales siempre que esta especialización responda a condiciones objetivas y legales y no sea motivo de soterradas discriminaciones. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al afirmar que *«[l]a unidad del Poder Judicial no impide en modo alguno la especialización orgánico-funcional de Juzgados y Tribunales, por razón de la materia»* (STC 254/1994, de 21 de septiembre) siempre que la misma se base *«[e]n condiciones objetivas y legales, y no dé lugar a discriminaciones»* (STC 49/1983, de 1 de junio). Por consiguiente, la existencia de tribunales especializados no infringe el principio de unidad de jurisdicción en tanto su existencia responda a la necesidad de que el órgano judicial llamado a conocer de una determinada materia o conjunto de asuntos tenga unos conocimientos cualificados, pero siempre dentro del marco de la jurisdicción ordinaria.



305.- Si la especialización de órganos judiciales en el ejercicio de funciones gubernativas (cfr. artículos 98 y 80.3 LOPJ, 46 de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil, y 17 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) obedece fundamentalmente a criterios de eficacia y eficiencia organizativa, la especialización *ex lege* responde a razones de distribución material de la competencia *-rectius*, del ejercicio de la función jurisdiccional- que, en último término, se encuentran vinculadas a la mejor prestación del servicio público de la Justicia y, por ende, a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Se establece de este modo una relación entre la especialidad de la materia, la especialidad de su tratamiento normativo y la especialización del órgano en el ejercicio de la función jurisdiccional –y en segundo plano, de sus titulares-, que confluye en una mayor garantía de la tutela judicial dispensada. Estas razones, y esta relación, se advierten con facilidad en la configuración de las especialidades en materia mercantil (artículos 86 bis y 86 ter LOPJ), en materia de violencia sobre la mujer (artículos 87 bis y 87 ter LOPJ) y, en otro plano, en la jurisdicción de menores (artículos 96 y 97 LOPJ) o en materia de vigilancia penitenciaria, con independencia de que cada una de ellas quede incardinada en un específico orden jurisdiccional (civil y penal), cuyas respectivas materias se encuentran reguladas por leyes especiales propias que dotan de singularidad al marco normativo aplicable por la razón de la concreta materia reservada –con mayor o menor grado de exclusividad- desde la ley a los órganos especializados, que ven de ese modo predeterminada su existencia y su competencia.

306.- Sin embargo, las razones en las que se sustenta la especialización jurisdiccional y la señalada intensa relación entre la materia, la norma y el órgano, no se encuentran de forma tan nítida cuando se trata de una materia, la relativa a las violencias sexuales, que, en su transversalidad, se proyecta sobre distintos ámbitos normativos y esferas de actuación jurisdiccional diferentes. Si, como se propugna como mejor técnica normativa en las consideraciones generales de este informe, el tratamiento normativo más plausible pasaría por ampliar el ámbito objetivo de las distintas normas que pueden confluir en el tratamiento de las violencias sexuales, se diluyen entonces las razones que conducen a configurar un orden específicamente especializado en dicha materia, cuando habría de quedar incorporada a aquellas materias, y al correspondiente marco normativo, que ya se encuentran reservados a órganos especializados actualmente existentes².

² La Vocal ponente doña Pilar Sepúlveda García de la Torre discrepa de las consideraciones contenidas en los apartados 304, 305 y 306 del informe, y en la



307.- En la configuración de la especialización de órganos jurisdiccionales establecida en la actualidad, encontramos que en algunos casos la especialidad de la materia y del ordenamiento jurídico aplicable es tan intensa que se proyecta sobre el estatuto personal de los jueces y magistrados y justifica la creación de una especialidad dentro de la Carrera Judicial, que, a su vez, incide en la promoción profesional y en la provisión de los destinos en estos órganos jurisdiccionales especializados. En otros casos, la especialidad de la materia y del derecho aplicable, si bien no ha determinado la creación de una especialidad en la Carrera Judicial, sí justifica una especial formación y capacitación de los jueces y magistrados que preferentemente han de servir en tales órganos jurisdiccionales.

308.- En este sentido, se aborda también en la disposición final decimoctava la especialización de jueces y magistrados -titulares de los futuros órganos especializados- en violencia sexual, lo que, al establecerse específicamente la futura revisión de la pruebas selectivas, se proyecta que la misma sea obtenida a través de aquellas específicas que se establezcan en la futura Ley Orgánica de reforma de la LOPJ, teniendo por tanto incidencia en el régimen de promociones, ascensos y destinos de la Carrera Judicial en la manera en que se determine en esa futura Ley Orgánica. La prevista futura Ley Orgánica de reforma, por tanto, deberá definir con claridad si, junto con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales especializados -o de la ampliación de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer (cfr. artículos 311 y 312.2 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018); o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales especializados -ya sean nuevos órganos de violencia sexual o de violencia sobre la mujer- a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia; o si, finalmente, se modifica el contenido de dichas pruebas selectivas en la especialización de violencia sobre la mujer para incluir los conocimientos en violencia sexual.

309.- Conviene detenerse en que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 contiene una cláusula de habilitación al Consejo General del Poder Judicial para crear y regular reglamentariamente otras especialidades

conclusión centesimonovena, al entender que la especialización de los órganos judiciales en materia de violencia sexual se encuentra justificada.



distintas de las previstas en la LOPJ. En efecto, dice la referida disposición: *«El Consejo General del Poder Judicial podrá convocar, además de las expresamente previstas en esta Ley, otras pruebas de especialización entre miembros de Carrera judicial en las que se valoren conocimientos específicos dentro de las distintas ramas del Derecho. Su superación será considerada como mérito en los concursos que no se resuelvan exclusivamente por criterios de antigüedad. Reglamentariamente se determinará el número, contenido y desarrollo de estas pruebas que podrá comprender el reconocimiento y valoración de las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Si de esta especialización se derivara algún incremento de gasto, será preciso informe favorable de la Administración competente para soportar dicho gasto».*

310.- La Ley Orgánica 7/2015, por tanto, no ha creado por ella misma especialidades diferentes de las previstas en los artículos 311 y 312 de la LOPJ, pero sí ha habilitado a este Consejo para poder crearlas, así como para reconocer efectos a pruebas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, aunque exigiendo en ambos casos la intermediación de una norma reglamentaria.

311.- De este modo, en el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de violencia sexual, debería tener en cuenta la habilitación que desde la señalada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

312.- En todo caso, no debe olvidarse que ya el apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018, establece lo siguiente: *«5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos»* (el subrayado es nuestro), lo que no es óbice para que en una futura reforma de la Ley Orgánica, se introduzca una específica referencia a la formación en violencia sexual.



313.- Finalmente, el párrafo segundo de la disposición adicional decimoctava establece *“Del mismo modo y en el plazo previamente establecido, se procederá a regular la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley orgánica, así como a la realización de las modificaciones legislativas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente disposición”*.

314.- En relación con ello, y como también se puso de manifiesto en el citado Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia contra la violencia, debe tenerse en cuenta que el artículo 470.2 de la LOPJ mantiene el carácter de Cuerpos Nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en el que se integran los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa, de Auxilio Judicial y de Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (artículo 470.1 LOPJ). Y que el artículo 471.1 LOPJ establece que las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia corresponden, en los términos establecidos en la misma Ley Orgánica, al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario.

315.- Debe retenerse, en lo que concierne a las competencias autonómicas respecto de la Administración de Justicia, que la doctrina constitucional ha destacado que las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria, como técnica de atribución de competencias, no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, y que la asunción de competencias que corresponden al Gobierno encuentra el límite natural del propio ámbito de la Comunidad Autónoma (STC 105/2000, de 13 de abril - ECLI:ES:TC:2000:105). Tal y como recuerda el Consejo de Estado (Dictamen 3466/2001, de 24 de enero de 2002), la eficacia de las cláusulas subrogatorias operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal (STC 56/1990, de 29 de marzo - ECLI:ES:TC:1990:56) Se trata este de un ámbito *«cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse*



comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas de funcionarios» (STC 99/1987, de 11 de junio - ECLI:ES:TC:1987:99). La consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos nacionales conlleva la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional para garantizar su aplicación de manera homogénea en todas las Comunidades Autónomas. «Ha de considerarse que quedan excluidas de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía aquellas atribuciones que, encomendadas por la LOPJ al Gobierno de la Nación, resultan obligadamente reservadas a este para mantener el carácter propio de Cuerpo nacional, pues de lo contrario vendrían a vaciarse de contenido las previsiones de la LOPJ en este sentido, contradiciéndose el mandato del artículo 122.1. Mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al Ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de Cuerpo nacional respecto de los integrados en la Administración de Justicia» (STC 99/1987, cit.).

316.- Y en particular, al analizar el artículo 454 de la LOPJ, en su anterior redacción –que se corresponde con el vigente artículo 470–, la STC 105/2000 destacó que la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia justifica la reserva a unas instancias comunes de aquellas materias que puedan afectar de forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal tal y como haya sido configurado en cada momento por la LOPJ. Las cláusulas subrogatorias no pueden entrar en juego sobre estas materias, respecto de las que «los criterios en función de los cuales habría de negarse o afirmarse la operatividad de las cláusulas subrogatorias tendrían que ser individualizados en función de cuáles fueran las concretas materias respecto de las que se plantease, en el momento oportuno, la cuestión [...]». La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda a este régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.



VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El anteproyecto que se informa tiene por objeto establecer un marco jurídico de carácter integral, con vocación de transversalidad, que garantice la libertad sexual y erradique las violencias sexuales, articulando desde los diferentes ámbitos afectados las medidas de prevención, protección y reparación necesarias, y estableciendo el marco institucional adecuado, en sintonía con las disposiciones de los instrumentos internacionales y con las recomendaciones de los organismos internacionales.

SEGUNDA.- El prelegislador ha optado por conferir al texto proyectado el carácter de ley orgánica "parcial". La atribución de este rango normativo es cuestionable. El núcleo orgánico de la ley se sitúa en su título preliminar, que contiene los principios rectores sobre los que gravita la regulación que desarrolla, y en las disposiciones finales primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimera. El resto de su contenido normativo carece de rango orgánico, y tiene el rango de ley ordinaria. La distinción y especificación del carácter, orgánico u ordinario, de las disposiciones normativas que conforman el contenido de la ley proyectada satisface, en términos formales, las exigencias de la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, pero en términos materiales no responde a ella. Con independencia de la incorrecta atribución del carácter orgánico en unos casos, se observa que el grueso del articulado tiene carácter de ley ordinaria, lo que, por lo demás, en términos generales, y salvo contadas excepciones, se corresponde con su contenido y con el contenido reservado a la ley orgánica. El carácter orgánico de las disposiciones a las que se atribuye tal carácter, salvadas las incluidas en el título preliminar, se reserva a las disposiciones finales que tienen por objeto la modificación de diversas leyes a las que afecta el declarado carácter integral de la ley proyectada y su vocación de transversalidad, y responde tanto al rango de la ley o disposición que va a ser objeto de modificación como a su contenido, especialmente aquel de naturaleza penal y punitiva. La asignación del carácter orgánico de la ley en atención al carácter orgánico de las disposiciones finales que modifican leyes situadas extramuros de la propia ley proyectada, y, en último término, en razón del rango y contenido normativo de las disposiciones objeto de modificación, dificulta en grado sumo considerar que las disposiciones a las que se atribuye rango ordinario constituyen el *desarrollo natural* o el complemento de aquellas a las que se confiere rango orgánico, que, por lo demás, se sitúan fuera de la ley proyectada.

TERCERA.- Algunas de las disposiciones por las que se modifican ciertos preceptos de distintas leyes afectadas por el carácter integral y transversal de la ley proyectada no responden al contenido propio reservado a la ley



orgánica, -y el rango orgánico tampoco viene impuesto por el rango asignado a la norma a la que afecta la modificación. En estos casos, la atribución del carácter orgánico de la disposición modificadora no viene justificada ni por el contenido de la norma objeto de modificación ni por el rango asignado de origen a la misma. Esto sucede con claridad en la disposición final novena, que modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, y con la disposición final decimoprimera, que modifica la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, respecto de las que, por lo demás, el prelegislador no ofrece mayores explicaciones acerca del rango que se les asigna, que no viene dado por el asignado de origen a la norma a la que afecta la modificación. Y esta ausencia de justificación se hace tanto más patente en los casos en los que las normas afectadas por la modificación se encuentran vinculadas o relacionadas con aquellas del texto proyectado que presentan carácter ordinario, o con otras, como las relativas a los derechos de las víctimas de los delitos, que, además, de estar conectadas con el articulado del Anteproyecto que tiene rango de ley ordinaria, lo están con otras disposiciones, como las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tienen tal carácter. Y, respecto de la modificación de esta última, no se explica, ni se justifica, material y formalmente, la atribución del carácter orgánico de la disposición que quiere llevar a cabo la modificación de diversos artículos de la ley rituaría.

CUARTA.- Si bien es cierto que las modificaciones que se quieren introducir en los artículos 112, 681.3 y 709 de la LECrim tienen una cierta conexión con derechos fundamentales, presentan sin embargo una vinculación con estos, y por tanto, con el contenido material propio de la ley orgánica, meramente tangencial o, más propiamente, remanente o residual, y en cualquier caso, las reglas que se introducen tienen un carácter marcadamente rituario.

QUINTA.- También está injustificada la naturaleza orgánica que se atribuye al título preliminar de la ley proyectada. Ni el objeto y finalidad de la ley, ni su ámbito de aplicación, constituyen *per se* materia competencia de la ley orgánica. Y tampoco son propios de su ámbito competencial los principios rectores que animan e inspiran la regulación proyectada contenidos en el artículo 2 del APLO. Conforme a la doctrina constitucional, la mera relación o vinculación del contenido de la norma con alguno de los derechos fundamentales que son objeto de la reserva de ley orgánica no la hace merecedora de participar de tal reserva, so pena de quedar esta desvirtuada y desdibujada en sus límites y contenido, en perjuicio de la seguridad jurídica.

SEXTA.- En sentido inverso, carece de explicación la omisión, de entre las disposiciones a las que se confiere carácter orgánico, de aquellas que tienen por objeto la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre,



General Penitenciaria (disposición final segunda), la modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (disposición final décima), y de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Y esta omisión carece de justificación, tanto por razones formales –el rango de la ley que va a ser modificada– como por razones materiales, particularmente en lo que se refiere a estas dos últimas, respecto de las que las modificaciones proyectadas inciden en la configuración de las infracciones disciplinarias y de los tipos penales objeto de regulación.

SÉPTIMA.- La disposición final decimoctava se refiere a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales que, según su tenor literal, *"se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados"*. Y en el proyectado artículo 26 se contempla la inclusión de temas dedicados a la igualdad, a la no discriminación por razón de género, a la protección integral contra todas las violencias sexuales y dedicados a la perspectiva de género en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal y en los planes de formación inicial y continua de la carrera judicial. Aun cuando en uno y otro caso se trata de disposiciones de marcado carácter programático, con una función habilitadora de una ulterior regulación, no debe olvidarse que inciden sobre materias reservadas a la ley orgánica, y en particular sujetas la reserva de ley orgánica cualificada, en tanto que afectan a la organización del Poder Judicial y al estatuto de los miembros de la carrera judicial, aspectos cuya regulación está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

OCTAVA.- Resultaría técnicamente más correcto regular separadamente mediante una ley orgánica las modificaciones de las distintas leyes que tienen dicho rango o merecen tal carácter, y dejar la regulación del núcleo del texto proyectado a una ley ordinaria.

NOVENA.- El carácter integral y la transversalidad que consustancial al mismo somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

DÉCIMA.- El texto proyectado presenta concomitancias, concurrencias, incidencias e interferencias con otras normas vigentes que deberían evitarse en buena técnica normativa y en beneficio de la seguridad jurídica. La



pluralidad de disposiciones normativas, con aspectos concéntricos y concurrentes, no desaparece mediante la promulgación de la ley proyectada; antes bien, tal y como está concebido el texto del anteproyecto, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia mayor dispersión, al introducir un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas, sobre todo, en las leyes sobre violencia de género, sobre igualdad, sobre el estatuto y protección de las víctimas, sobre educación e, incluso, en la ley procesal penal.

UNDÉCIMA.- Una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a la libertad y a la violencia sexual que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las violencias sexuales, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

DUODÉCIMA.- El anteproyecto, si bien en menor medida que en otras versiones anteriores a las que ha tenido acceso este órgano de gobierno del Poder Judicial, y con una factura técnica más depurada, contiene en gran parte de su articulado disposiciones de carácter programático, algunas de las cuales se reducen a enunciados normativos meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho, esto es, sin un concreto mandato normativo. Y en otros casos, el enunciado normativo carece de verdadera virtualidad y sustantividad, limitándose a reproducir en sus proposiciones facultades o derechos que ya están reconocidos en otras normas.

DECIMOTERCERA.- Se observan en el texto algunas erratas, errores e imprecisiones que deben corregirse.

- En el segundo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos, en la tercera línea, se dice "comenten", cuando tiene que decir "cometen".
- En el apartado II de la Exposición de Motivos, página 7, cuarto párrafo, primera línea, debe suprimirse la coma después de "sexuales".
- En la página 39 en el apartado letra f), se deben suprimir, por repetidas, las palabras "de los servicios".
- en la página 58, en la disposición final quinta, en el apartado dos de la modificación del Código Penal, relativo al artículo 84.2, se repite "de delitos".



- En el párrafo primero del apartado II de la Exposición de Motivos se sugiere revisar la referencia a los Convenios "europeos" atendido el estatus de organización internacional que ostenta el Consejo de Europa, desde su creación por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949.
- En el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos la referencia a la Directiva 2011/92/UE, debe entenderse hecha a la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, según la corrección de errores de la Directiva publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 21 de enero de 2012.
- En el apartado II de la Exposición de Motivos, las citas de las recomendaciones dirigidas a España por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas o el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas deberían identificarse con la suficiente precisión, al igual que se hace, por ejemplo, con la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género.
- En el apartado III de la Exposición de Motivos, al tratar de la disposición final decimoquinta se observan, como errores materiales, la cita del artículo 207.1.d) "51" y la omisión de la letra d) en el artículo 336.

DECIMOCUARTA.- El **artículo 3** delimita el ámbito de aplicación de la Ley definiendo las que han de considerarse como "violencias sexuales". Dado que la violencia sexual constituye un tipo específico de violencia, resulta especialmente importante que el texto proyectado se cohoneste con el contenido del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020, en tramitación parlamentaria, y cuyo Anteproyecto fue objeto del informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado por el Pleno celebrado el día 30 de mayo de 2019.

DECIMOQUINTA.- La configuración, en el **artículo 5 del Anteproyecto**, de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia



sexual, ha de coonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, creado en el año 2020 y al que específicamente se refiere el artículo 87 quáter de la L.O.P.J. introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

DECIMOSEXTA.- La previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 10** del texto proyectado ha de coonestarse con las funciones atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 47 de la LOPDGDD, entre las que no se recoge de manera explícita el control de contenidos ilícitos en línea.

DECIMOSÉPTIMA.- La existencia de contenidos ilícitos en Internet que por comportar un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales legitimaría la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, prevista en el proyectado **artículo 10.3**, como autoridad de control, podría coexistir, *a priori*, con un proceso penal, al tener finalidades diferentes. No obstante, caso de existir o constatarse cualquier interferencia entre estos dos ámbitos, el penal y el correspondiente a la Agencia Española de Protección de Datos, resultaría aplicable la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal en el conocimiento de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, derivado del artículo 117.3 de la Constitución, previsión que debiera recogerse en el texto proyectado.

DECIMOCTAVA.- Asimismo, en relación con la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comporten un menoscabo grave del derecho a la protección de datos, a la que alude el **artículo 10.3** del Anteproyecto, resulta importante destacar que caso de tener su origen en un proceso judicial y en datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, por ejemplo, por proceder estos contenidos del seno de un proceso penal, la competencia que el artículo 10.3 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ.

DECIMONOVENA.- Atendida la definición de publicidad ilícita recogida en el **apartado 1 del artículo 11** del Anteproyecto, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica, resultaría sumamente conveniente su incorporación, en los mismos términos a los artículos 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, al que se refiere la disposición final cuarta del Anteproyecto y 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de



28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, debiendo recordar que conforme al artículo 86 ter.2,a) LOPJ corresponde a los Juzgados de lo Mercantil conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a publicidad, y que según el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad exprese.

VIGÉSIMA.- Igualmente, dado que con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, cuyo artículo 6 se dedica a la "*[i] gualdad de género e imagen de las mujeres*", se sugiere cohonestar lo dispuesto en el artículo 11 del texto objeto del presente informe teniendo en cuenta las previsiones incorporadas en el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.

VIGESIMOPRIMERA.- En atención al contenido de los artículos 17 y 18 del Anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, a fin de establecer, junto al plan de convivencia recogido en dicho artículo, referencia a la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo para la detección e identificación de las violencias sexuales.

VIGESIMOSEGUNDA.- Debe recordarse que además de las previsiones establecidas en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia, el deber de comunicación o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la legislación española en los artículos 262 y 264 de la LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, de donde deriva la necesidad de revisar la redacción del **artículo 17.2** del Anteproyecto.

VIGESIMOTERCERA.- La previsión establecida en el **apartado 3 del artículo 17** del Anteproyecto ha de entenderse sometida a la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal y que deriva del principio de reserva de jurisdicción consagrado por el artículo 117.3 de la Constitución. Por ello, resultaría sumamente conveniente la incorporación al texto proyectado, con la debida suficiencia, de la salvaguarda del principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia



o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal.

VIGESIMOCUARTA.- El **artículo 21** del Anteproyecto viene referido a la "*detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado*", de manera coherente con el planteamiento del Anteproyecto, que contempla el matrimonio forzado entre las conductas con impacto en la vida sexual que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, tiene la consideración de violencia sexual. Atendidas las consecuencias jurídicas derivadas de la inscripción como pareja de hecho, a fin de incrementar la protección de la mujer, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador valorase abordar la regulación, inclusive en su caso la tipificación penal, en el artículo 172 bis CP, de las inscripciones forzadas como pareja de hecho.

VIGESIMOQUINTA.- Por lo que respecta a las previsiones formativas en la Carrera judicial, a que se refiere el **artículo 26** del Anteproyecto, han de tenerse presentes las modificaciones operadas por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, especialmente sobre los artículos 307.2, 310 y 433 bis de la LOPJ.

VIGESIMOSEXTA.- En el **artículo 32** APLO, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, resulta necesario que letra d) del apartado 1, al abordar el asesoramiento jurídico previo y la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en lugar de remitir a la disposición final decimonovena del Anteproyecto, se remita a los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

VIGESIMOSÉPTIMA.- En el tercer párrafo del apartado 1 del **artículo 33** del Anteproyecto, "*[d]erecho a la información*", se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, junto con el asesoramiento telefónico, referencia a un posible asesoramiento *telemático*.

VIGESIMOCTAVA.- La redacción del **apartado 3 del artículo 34** APLO, "[s]ervicios de asistencia integral especializada y accesible", en tanto podría interpretarse como imposición de una suerte de obligación de colaboración dirigida a "*los órganos judiciales competentes*", ha de ser objeto de modificación, lo que no obsta, para trasladar e incorporar a la norma proyectada, como norma específica, la concreción de lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución, que establece el deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Magistrados en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, y en el artículo 17 L.O.P.J. que dispone que todas



las personas y entidades, públicas y privadas, tienen la obligación de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

VIGESIMONOVENA.- Atendida la redacción del **artículo 36** APLO, (al que remiten, en relación con la forma de acreditación de las violencias sexuales, los artículos 39.3 y 40.3, y las disposiciones finales sexta y decimoquinta del Anteproyecto), que incluye documentos de muy distinta naturaleza y valor probatorio, lo que se entiende acorde con el margen de acción del prelegislador para la determinación o concreción en la ley de los distintos supuestos de hecho y documentos que dan derecho al acceso al sistema de recursos diseñado en la misma, el texto proyectado debería concretar debidamente que la acreditación de estas situaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, lo es única y exclusivamente a los efectos del régimen administrativo configurado en la misma, en particular, según el texto proyectado, para el acceso al *"derecho a la asistencia integral especializada y accesible"*.

TRIGÉSIMA.- A la vista del contenido del **artículo 39** del Anteproyecto, *"[d]erechos de las funcionarias públicas"*, y de la **disposición final decimocuarta** del texto remitido que modifica los artículos 49, 82 y 89 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, resulta oportuno que éste órgano constitucional ponga de manifiesto que caso de pretender el prelegislador la extensión de estas previsiones a las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales, debería incorporar las necesarias previsiones específicas en la Ley Orgánica del Poder Judicial al tratarse de cuestiones que inciden directamente en el Estatuto de la Carrera Judicial, sometido a reserva de Ley Orgánica cualificada por mandato del artículo 122 de la Constitución y directamente vinculado a la independencia de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y titulares de la potestad jurisdiccional que les reconoce el artículo 117.1 CE. Asimismo, cualquier circunstancia que afecte a traslados o movilidad de las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales deberá, no sólo estar recogida y regulada en la LOPJ, respetando escrupulosamente la reserva de Ley Orgánica cualificada como cuestión atinente al Estatuto de Jueces y Magistrados, sino también cohonestarse debidamente con el resto del sistema, sin afectación en ningún caso del régimen de provisión de plazas judiciales y del derecho a la inamovilidad de todos los integrantes de la Carrera Judicial.

TRIGESIMOPRIMERA.- Se entiende necesaria la revisión de las rúbricas del **Título VI** del Anteproyecto, *"[a]cceso y obtención de justicia"* y su **Capítulo I**, *"[a]ctuaciones fundamentales para la acreditación del delito"*, al apreciarse



que el contenido de los preceptos que los integran no se corresponde con las mismas.

TRIGESIMOSEGUNDA.- En el **apartado 1 del artículo 42** del Anteproyecto se sugiere la utilización de la misma terminología establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que recoge la creación de "*unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas*".

TRIGESIMOTERCERA.- El **artículo 42.6** APLO ha de entenderse como complementario de lo dispuesto en el artículo 87 quáter.2 de la LOPJ, introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que prevé la elaboración anual, por parte del Consejo General del Poder Judicial, de un informe sobre los datos relativos a violencia sexual.

TRIGESIMOCUARTA.- En el **apartado 2 del artículo 44** del Anteproyecto la referencia a los "*imputados*" debe sustituirse por la de los "*investigados*", atendida la reforma operada por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

TRIGESIMOQUINTA.- En relación con el **artículo 47** APLO, la regulación de y la recogida de evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, para su posterior análisis genético, merece dos órdenes consideraciones. En primer lugar, se trata de una recogida de material biológico anterior a la apertura del proceso penal y, por tanto, fuera de este, por lo que el precepto debe contener garantías suficientes para preservar el valor probatorio de tal material, en particular, garantizando la cadena custodia. En segundo lugar, desde el punto de vista de la protección de datos, el prelegislador debe clarificar la base jurídica del tratamiento de datos consistente en la recogida, mantenimiento y destrucción de material biológico, si es preciso el consentimiento de la persona afectada o si, por el contrario, existe base jurídica autónoma fundada en el interés público en asegurar la persecución del delito. En todo caso, debe garantizarse la información a la persona afectada sobre los elementos básicos del tratamiento (fines, responsable del tratamiento, base jurídica, plazo de conservación). Por otro lado, la previsión de un plazo determinado de conservación integra un elemento necesario del derecho fundamental de



protección de datos que debería establecerse en la Ley, por lo que no resulta adecuada la deslegalización de este aspecto sustantivo de la protección. Más allá de lo anterior, procede reiterar el criterio sostenido anteriores de este Órgano constitucional conforme al cual *«atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España»*.

TRIGISEMOSEXTA.- El **artículo 49** del texto remitido, que lleva por rúbrica "[p]rotección de datos y limitaciones de publicidad", cuenta con tres apartados de contenido absolutamente heterogéneo, sin que el apartado 1, en el ámbito procesal, añada o incorpore al Ordenamiento vigente novedad alguna más allá de lo ya recogido en los artículos 235 bis y 266 de la LOPJ, 141 bis, 164, 212 y 355.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 301 bis y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- El **apartado 2 del artículo 49** APLO ha de adecuarse a las previsiones recogidas en la L.O.P.J., tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que vino a abordar la protección de datos en el ámbito de los Tribunales, distinguiendo entre ficheros y datos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales, de manera que cuando se trate de datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, la competencia que el artículo 49.2 APLO atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ. Asimismo, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, en el apartado 2 del artículo 49 APLO, junto a la cita de las mujeres, referencia a las niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales, de manera coherente con el ámbito de aplicación recogido en el artículo 2.2 del Anteproyecto.

TRIGESIMOCTAVA.- También en relación con el **apartado 2 del artículo 49** del Anteproyecto debe destacarse favorablemente la intención del prelegislador de garantizar una protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual, especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación, si bien, al margen de las funciones y potestades que corresponden a la Agencia Española de Protección de Datos, acordes con lo dispuesto en el artículo 47



de la Ley Orgánica 3/2018, resultaría sumamente conveniente dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto, sugiriendo al prelegislador que, teniendo en cuenta las consideraciones formuladas por este órgano constitucional, valore la conveniencia de recuperar la propuesta de modificación del artículo 13 de la LECrim que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y que según el texto que figura publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020, ha sido retirada del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Con ello se vendría además a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información, corrigiendo con ello un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica.

TRIGESIMONOVENA.- Por lo que respecta a la previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 49** APLO relativa a la posibilidad de acordar el juzgado o tribunal competente, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, dado que supone una reiteración de lo ya recogido en diferentes normas procesales, como los artículos 138, 355.1 y 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 301, 322, y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debería suprimirse por redundante e innecesario. La eliminación de esta previsión no ocasionaría una laguna de protección pues las normas procesales ya contienen reglas adecuadas y redundaría en una mayor coherencia del contenido del artículo proyectado, al evitarse la confusión en un mismo precepto de garantías de carácter administrativo (apartado 2) y garantías procesales (apartado 3).

CUADRAGÉSIMA.- Se sugiere valorar la conveniencia de modular la redacción del **apartado 2 del artículo 52** del Anteproyecto toda vez que, salvo escasas excepciones, el inicio de los procedimientos judiciales se encuentra directamente vinculado con la legitimación del actuante, sin que exista en nuestro Ordenamiento una acción pública a los efectos recogidos en el citado precepto.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- En el **artículo 58.1** del Anteproyecto, al tratar de la actividad probatoria en el seno de los procesos, resultaría conveniente la adecuación de la redacción propuesta incorporando una referencia expresa a lo dispuesto en las normas procesales. Asimismo, ha de tenerse presente que los protocolos a los que alude el artículo 58.1 del Anteproyecto no podrán, en ningún caso, contener previsiones que incidan, afecten o condicionen el



ejercicio de la jurisdicción cuya independencia está constitucionalmente garantizada, quedando fuera de los mismos cualquier prescripción, indicación o pauta que tenga por objeto el ejercicio de la función jurisdiccional, entendiéndose por tal, en palabras de la STS Sala 3ª 3564/2015, de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3564), «*todas aquellas situaciones en las que el Juez debe efectuar una mínima operación valorativa fáctica o jurídica para la adopción de decisiones que puedan resultar procedentes en el marco de una actuación procesal*».

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- La referencia a la recogida de datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de justicia, y a la información relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales, recogida en el artículo 61 del texto remitido, al igual que se indicara en relación con el artículo 5 del Anteproyecto, ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 87.2 quáter de la L.O.P.J. introducido por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Se incorpora un nuevo segundo párrafo al **artículo 112 LECrim** en el que se regula como novedad relevante la posibilidad de revocación de la renuncia a la acción civil derivada del delito. Como cualquier derecho subjetivo la acción civil *ex delicto* es renunciable por el perjudicado por el delito (art. 107 LECrim). La regulación propuesta merece un juicio positivo pues con ella se limitan las consecuencias perjudiciales de una renuncia a la acción civil formulada sin una correcta valoración de la situación, evitando, de este modo, que el sujeto activo del delito se beneficie de la abdicación del derecho a la reparación de un daño que resulta mayor del inicialmente considerado o se vea favorecido por consideraciones familiares o personales que hayan podido enturbiar la valoración del propio interés del perjudicado ante las consecuencias dañosas de la acción delictiva. Desde un punto de vista técnico, resulta preferible sustituir la referencia a la víctima por la persona perjudicada o el perjudicado, pues éste es el término que emplea la LECrim para referirse al titular de la acción civil.

CUADRAGESIMOCUARTA.- Una segunda reforma procesal consiste en la ampliación de la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de determinadas víctimas, contenida en el **artículo 681.3 LECrim**, a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual. La extensión de esta medida procesal de protección frente a la victimización secundaria a las víctimas de delitos contra la libertad sexual merece una valoración positiva y encuentra justificación suficiente. Ahora bien,



confiriendo el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la propia imagen, «*un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona*» (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8), en relación con los supuestos de víctimas de delitos sexuales adultas, la prohibición de divulgación o información sobre datos sobre su identidad o de imágenes de su persona debería quedar excepcionada en el caso de consentimiento expreso.

CUADRAGESIMOQUINTA.- La tercera reforma en la ley rituarial penal introducida por el anteproyecto tiene por objeto el **artículo 709 LECrim** en el que se añade un nuevo tercer párrafo en el que se establece que en los delitos contra la libertad sexual, no se formularán las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el presidente o presidenta considere que sean pertinentes y necesarias. No cabe desconocer que en los procesos seguidos por delitos sexuales una de sus particularidades es que la declaración de la víctima deviene la prueba principal de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y ello determina que las estrategias de defensa tiendan a focalizarse en cuestionar la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima. Este tipo de estrategias pueden comportar, por su carácter invasivo y acompañadas de la formulación de prejuicios de género, una revictimización que debe ser evitada por el juez o jueza en el ejercicio de sus facultades de dirección del juicio. En este sentido el artículo 709 segundo párrafo LECrim, en conjunción con lo previsto en el artículo 25.2.c del Estatuto de la víctima del delito, opera como mecanismo de protección de los derechos de la víctima (dignidad, intimidad, vida privada) a la hora de controlar las preguntas formuladas, pero el criterio determinante de su acceso al plenario será el de su necesidad y pertinencia para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, no cabe descartar que por las circunstancias concurrentes en un caso resulte precisa la indagación en los antecedentes o comportamientos sexuales de la víctima.

CUADRAGESIMOSEXTA.- Desde un punto de vista técnico, con el fin de evitar la confusión introducida en el nuevo párrafo proyectado, resultaría más adecuado mantener la regla del párrafo segundo, que es concreción del principio de pertinencia consagrado en el primer párrafo del artículo 709 LECrim, introduciendo la referencia a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima como especificación del concepto de vida privada. Asimismo, la redacción debería emplear el lenguaje inclusivo. En este sentido, se sugiere la siguiente redacción:

«El Presidente o Presidenta podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en



particular, en los delitos contra la libertad sexual, respecto a los antecedentes sexuales o al comportamiento de la víctima, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente o Presidenta no permitirá que sean contestadas».

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- Aunque el anteproyecto no lo ha contemplado, debe señalarse que una de las técnicas procesales adecuadas para evitar la victimización secundaria de quienes han sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, en especial en los delitos de trata, es la preconstitución de la prueba y su incorporación posterior al debate plenario para garantizar el derecho de contradicción, evitando así el mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo que supone el enfrenamiento en el juicio oral con la persona acusada. Razones derivadas de la vulnerabilidad de la víctima y del tipo de delito configurarían así una causa legítima que impediría la presencia del sujeto pasivo del delito en el acto del juicio oral. En este orden de consideraciones, sería plausible que el prelegislador introdujera la oportuna regulación de la prueba preconstituida en ese tipo de casos, teniendo en cuenta que en el proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, actualmente en trámite en las Cortes Generales (BOCG, serie A, núm. 22, de 19 de junio de 2020), ya se contiene un nuevo artículo 449 bis y 449 ter LECRIM que regula la prueba preconstituida para el caso de menores víctimas de delito.

CUADRAGESIMOCTAVA.- La disposición final segunda introduce algunas modificaciones en la **Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**, mediante las que se regula los tratamientos farmacológicos. Se introduce un **nuevo apartado 4 al artículo 66** mediante el que se regula los requisitos para administrar a los internos un tratamiento farmacológico. Entre estos requisitos reviste especial relevancia el necesario consentimiento del interno que debe ser informado y pleno. Con el fin de garantizar que el consentimiento sea libre, se prevé que la aceptación o rechazo del tratamiento no podrá conllevar consecuencias positivas o negativas para la situación penitenciaria del interno. Se añade un nuevo **artículo 74 bis** en el que, por un lado, se regula la realización de terapias conjuntas con las víctimas y, por otro lado, se regula el tratamiento farmacológico inhibitor del deseo sexual en los casos de concesión de permisos de salida. Esta última previsión resulta inadecuadamente ubicada, pues su lugar sistemático debería situarse en el capítulo VI relativo a los permisos de salida, configurando un nuevo apartado 3 en el artículo 47. En



todo caso, a la vista de la regulación proyectada, el carácter libre del consentimiento resulta cuestionable.

CUADRAGESIMONOVENA.- Resultaría conveniente que, al menos en la MAIN, se introdujera la razón de ser de la modificación en la **disposición final cuarta**, que suprime del párrafo a) del **artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad**, la referencia al artículo 14 de la Constitución así como a los anuncios que presenten a las mujeres de forma discriminatoria

QUINCUAGÉSIMA.- Al **artículo 83.2 CP** se le añade el siguiente segundo párrafo: *«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4»*. Puede estimarse que la naturaleza de los delitos contra bienes personalísimos como la autodeterminación individual en la esfera sexual (y afectiva) o la integridad física precisa como medida de protección frente a la reiteración delictiva de este tipo de medidas de imposición obligatoria en caso de suspensión del cumplimiento de la pena. Ahora bien, la previsión de que tal imposición obligatoria se acuerde respecto de los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP comporta la extensión de estas medidas a un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales. Tal automatismo proyectado sobre un muy amplio catálogo de ataques de bienes jurídicos penalmente protegidos plantea dudas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, por lo que resultaría más adecuado mantener, en estos supuestos, el margen de arbitrio judicial que concede el artículo 83.1 CP con el fin de graduar, en atención de las concretas circunstancias, la intensidad de los deberes y prohibiciones que deben acordarse en los casos de suspensión de la ejecución de la pena impuestas por delitos con agravante de motivos discriminatorios.

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- El **artículo 84.2 CP** establece que, a la hora de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, no podrá acordarse la imposición del pago de una multa cuando exista alguna de las relaciones personales o familiares indicadas en el precepto entre la persona condenada y la víctima (relación conyugal o equivalente, filiación, consanguinidad, afinidad o convivencia). La finalidad buscada por el legislador consiste en proteger los intereses económicos de la víctima que mantiene vínculo con la persona condenada. El APLO introduce un segundo párrafo al artículo 84.2 CP mediante el que extiende la anterior limitación *«cuando se trate de los delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2»*. Tal y como está redactado este nuevo párrafo o bien resulta



innecesario o bien carece de justificación. Si la intención del prelegislador es extender la limitación del artículo 83.2 a los supuestos en que las víctimas de delitos sexuales mantengan algún tipo de relación personal o familiar con la persona condenada, tal previsión resulta sobrerera pues el artículo 84.2 CP vigente ya da respuesta a esa hipótesis. Si, por el contrario, el precepto proyectado pretende extender tal limitación (no imponer el pago de multa como condición de la suspensión de ejecución de la condena) a todo supuesto de delito contra la libertad sexual con independencia de que exista una relación personal o familiar de la víctima con la persona condenada, nos encontraríamos ante una disposición cuyo fin legítimo no resulta asequible. Por ello, se sugiere eliminar la modificación del artículo 84.2 CP prevista en el apartado dos de la disposición final quinta del Anteproyecto.

QUINCAGESIMOSEGUNDA.- Se introduce un nuevo apartado 4 en el **artículo 172 bis CP** en el que se prevé el contenido civil de las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado. Se trata de una modificación que está en línea con lo ya previsto en el artículo 193 CP y da cumplimiento a lo previsto en el artículo 32 del Convenio de Estambul respecto de las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos, por lo que debe ser valorada positivamente. Debe eliminarse la reiteración del inciso «*en su caso*» al final del precepto.

QUINCAGESIMOTERCERA.- Se introduce una relevante modificación en la tipificación en **artículo 172 ter CP** del delito de acoso o *stalking*, incorporado en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al eliminar el requisito de que la conducta típica «altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana» y sustituirlo por el de que «altere de cualquier modo el desarrollo de su vida cotidiana». El cambio normativo proyectado parece determinar que el delito de acoso u hostigamiento pasaría de ser un delito de resultado a un delito de mera actividad. Bastará la comisión de forma insistente y reiterada de alguna de las conductas tipificadas en el precepto para considerar que se ha consumado el delito. Ya no se exige rebasar un determinado umbral de perturbación o alteración de la vida cotidiana de la persona acosada (por ejemplo, que como respuesta a la insistencia de la conducta hostigadora el sujeto pasivo del delito se vea obligada a alterar sus hábitos cotidianos, como vía de escapatoria), pues la dicción típica «*alterar de cualquier modo la vida cotidiana*» abarca un muy amplio espectro de afectaciones del bien jurídico protegido, incluidas, cabe pensar, las molestias o incomodidades, adquiriendo así el delito un mayor espacio típico. La relevancia penal del desvalor se sitúa, así, en la conducta que deberá adoptar alguna de las formas comisivas tipificadas y revestir las notas de insistencia y reiteración. De este modo, siendo idónea la conducta para alterar la vida cotidiana resultará irrelevante desde el punto de vista de



la tipicidad el grado de gravedad de esa alteración. Se amplía, en consecuencia, el ámbito de la prohibición penal, sin que de la exposición de motivos o la MAIN se desprenda la razón político-criminal que dé razón de este cambio. La ampliación del espacio típico que supone la punición de conductas que alteren de cualquier modo la vida cotidiana del sujeto pasivo comporta, aparentemente, la desvinculación de la conminación penal del bien jurídico protegido, esto es, la libertad personal. Por ello, y atendiendo el principio de intervención mínima, debería seguir exigiéndose en el tipo un nivel de intensidad suficiente de la acción para afectar el libre desenvolvimiento del sujeto pasivo.

QUINCUAGESIMOCUARTA.- Se introduce un último párrafo en el **apartado 1 del artículo 172 ter CP** que mejora técnicamente la redacción, además de incorporar a la circunstancia agravante la situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad. La adición de una cláusula abierta que permite apreciar la situación de especial vulnerabilidad «*por cualquier otra circunstancia*» precisará de una interpretación estricta que haga previsible la apreciación de cuando concurre la agravación del delito.

QUINCUAGESIMOQUINTA.- Se introducen determinadas modificaciones en el **artículo 173 CP**. En primer lugar, se incorpora un nuevo párrafo en el apartado 1 relativo a la pena que corresponderá a la persona jurídica responsable de los delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario. Debe corregirse la redacción del apartado cinco de la disposición final quinta APLO pues resulta evidente que el párrafo proyectado no puede ser el primero del apartado 1 si no el último de este apartado, pues sólo así tiene sentido la remisión a «los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores».

QUINCUAGESIMOSEXTA.- El **apartado 4 del artículo 173**, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó las faltas, tipifica como delito leve las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 que tipifica los malos tratos habituales en el ámbito familiar. El Anteproyecto introduce un nuevo segundo párrafo en este precepto en el que se tipifica lo que algún sector doctrinal ha denominado con una finalidad más descriptiva que de precisión técnica «acoso sexual callejero». En la base de la adición de este nuevo tipo penal parece pesar la consideración por el prelegislador que la obligación contenida en el artículo 40 del Convenio de Estambul no se cumple adecuadamente con la existencia de los delitos de acoso sexual del artículo 184 CP o del denominado acoso sexual funcional del artículo 443.1 CP, resultando necesaria la adopción de un tipo de carácter residual que abarque aquellos comportamientos o expresiones de carácter sexual que generen una situación humillante, hostil o intimidatoria en el



sujeto pasivo, fuera de los contextos relacionales contemplados en otros preceptos del Código Penal (ámbito laboral, educativo, administrativo o de relación de servicios). En línea con las reflexiones formuladas respecto del artículo 173 ter CP, en este caso, desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

QUINCUAGESMOSÉPTIMA.- En el marco del delito del denominado acoso sexual funcional, el Anteproyecto amplía el ámbito de los sujetos activos del delito del **artículo 443.2 CP** a los funcionarios de «*centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia*», superando así la falta de tipicidad de conductas merecedoras de reproche penal por tener lugar, también, en el marco de relaciones de dependencia y de restricción de la libertad ambulatoria.

QUINCUAGESIMOCTAVA.- La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 proyectado. El tipo básico de agresión sexual o de violación no diferencia según la gravedad de los medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.), incluyéndose un tipo atenuado facultativo apreciable por el juzgador en atención de la menor entidad del hecho

QUINCUAGESIMONOVENA.- El Anteproyecto da nueva redacción a la **rúbrica del Título VIII del Libro II** del Código Penal que pasa a denominarse «*Delitos contra la libertad sexual*», suprimiendo, de este modo, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por los tipos del Título, incorporada por la Ley Orgánica 11/1999. La eliminación de la referencia a la indemnidad sexual no viene acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores. No se modifica la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años, salvo en los casos en que el autor del delito sea de edad próxima al sujeto pasivo (art. 183 bis CP proyectado), por lo que el cambio de rúbrica del título no pretende expresar una ampliación del ámbito de la libertad sexual (positiva) de los menores de edad. Cabría considerar que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad) respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad *in fieri*, en el sentido de preservar las



condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer con la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual. Ahora bien, la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c) en la redacción proyectada) el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor. Por ello se sugiere valorar el mantenimiento de la rúbrica actual del título.

SEXAGÉSIMA.- La distinción entre agresión y abuso sexual responde a la existencia de una diferencia material en el grado de lesividad de las conductas. Así, la actual regulación se sustenta en el criterio sistemático de la presencia de determinados medios comisivos que determinen bien el *dobleamiento de la voluntad* (violencia o intimidación), la obtención de un *consentimiento viciado* mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, el aprovechamiento un *consentimiento inválido*, en el caso de víctimas menores de 16 años o de abuso de un trastorno mental, o la realización de la conducta sexual *sin el consentimiento* del sujeto pasivo por la previa anulación de su voluntad o verse privada de sentido o por realizarse por sorpresa o porque no ha existido una aceptación inequívoca de la participación en el acto sexual. En la regulación actual, el legislador anuda una distinta penalidad a las diferentes conductas típicas expresando de este modo un distinto desvalor de acción y de resultado de cada una de ellas.

SEXAGESIMOPRIMERA.- La regulación actual ha sido objeto de críticas en algunos extremos relevantes. Así se ha puesto de relieve que la tipificación como abusos sexuales del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea que anule la voluntad de la víctima, introducida por la LO 5/2010, resulta inadecuada para absorber la cantidad de injusto de la acción, pues el empleo de este tipo de sustancia no es sino una forma de violencia que debería ser castigada como agresión sexual. También se ha discutido la diferencia entre agresión y abuso a partir de la concurrencia de intimidación o prevalimiento de una situación de superioridad. Entre uno y otro medio comisivo no existe, ciertamente, una diferencia material nítida, pues ambos conceptos remiten a realidades que se solapan, haciendo que la distinción del núcleo de significación de uno y otro sea una cuestión de grado. La vaguedad de los conceptos típicos conlleva, inescusablemente, dificultades en la subsunción de los hechos en la norma penal (y ante la dificultad de distinguir, en caso de duda debe aplicarse la solución más favorable [STS 10 de febrero de 1999]), con el consiguiente riesgo de crítica a las resoluciones judiciales por no ajustarse a las expectativas de aplicación



correcta, tal y como se ha comprobado en los últimos tiempos en algún caso notorio. Respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico.

SEXAGESIMOSEGUNDA.- La creación en el **artículo 178 CP** de una **única categoría delictiva de agresión sexual** que aglutina lo que hoy constituyen dos tipos distintos, el de agresión sexual y el de abusos sexuales conlleva una indiferencia valorativa de los medios comisivos que pugna con el principio de proporcionalidad en una doble dirección.

SEXAGESIMOTERCERA.- La tipificación del nuevo artículo 178 CP puede incurrir en una prohibición de defecto de protección (*Untermassverbot*), al resultar irrelevante para la norma penal el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no. Desde el punto de vista de la prevención general de la norma, el tipo debe desincentivar con una conminación penal más grave aquellos comportamientos más disvaliosos. La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor. Con el fin de evitar ese efecto desprotector, sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior.

SEXAGESIMOCUARTA.- Podría incurrirse en una prohibición de exceso (*Übermassverbot*) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Con el fin de evitar una respuesta penal desproporcionada, se ha incorporado en el **artículo 178.3 CP** un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador, razonándolo en la sentencia, imponer una pena menos grave «*en atención a la menor entidad del hecho*». El concepto «*menor entidad del hecho*» empleado en el artículo 178.3 CP proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar



lugar a la apreciación de «*menor entidad*». La opción más idónea, desde el punto de vista de técnica legislativa, es configurar este mismo apartado tercero como un tipo autónomo atenuado en el que se vincule la menor entidad al acto sexual y se excluya su aplicación cuando concurren las circunstancias del apartado segundo, esto es, «*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*».

SEXAGESIMOQUINTA.- El anteproyecto introduce en el artículo 177.1 CP una **definición del consentimiento**, especificando la calidad de este para poder apreciar la exclusión de la tipicidad. Tal definición no responde a un mandato del Convenio de Estambul pues su artículo 36 no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto. Del referido artículo se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto, pero no contiene determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. La regulación del Código Penal vigente en materia de delitos contra la libertad sexual se asienta ya sobre la idea de consentimiento. Así, en la redacción actual todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo es punible, sea en la forma de agresión o de abuso sexual, bien porque no exista tal consentimiento o bien porque se trate de un consentimiento viciado. No obstante, dadas las dificultades de definición derivadas del principio de contexto, nuestro Código Penal no contiene una definición general de consentimiento y en los distintos tipos se hace referencia a éste sin mayor precisión o se emplea el término voluntad.

SEXAGESIMOSEXTA.- La definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento). Pero las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, que no se oculta en la Exposición de Motivos, cuando se refiere a «*reorientar el régimen de valoración de la prueba*». Así, la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad,



alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal.

SEXAGESIMOSÉPTIMA.- Tampoco la incorporación de una definición de consentimiento parece que pueda evitar la victimización secundaria, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que se integran en la definición, lo que provocará que los interrogatorios se centren en el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para integrar el alcance de la cláusula «*circunstancias concurrentes*». Por otro lado, la definición proyectada de consentimiento contiene elementos contradictorios. La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. La primera parte de la definición de consentimiento admite claramente ambas formas de manifestación (*expressis verbis* o *facta concludentia*), sin embargo, el inciso final exige que la voluntad de participar en el acto sea expresa. Por ello, para eliminar la contradicción, el precepto debería referirse a la voluntad a secas, como por otra parte es la práctica del Código cuando emplea este término (arts. 197 bis, 202, 234, 245 CP), que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

SEXAGESIMOCTAVA.- La inclusión de una cláusula normativa de consentimiento reviste una decisiva importancia, no solo para la propia configuración normativa del injusto y de los elementos que lo integran, sino en su proyección en el proceso y en la determinación de la carga de la prueba que debe exigirse a la acusación. La redacción de los presupuestos del consentimiento habilitante del contacto sexual, a la luz de la Exposición de Motivos, que de manera textual afirma buscar un cambio de perspectiva sobre el régimen de valoración de la prueba, obliga a poner de manifiesto, y a recordar, los graves problemas de compatibilidad constitucional ex artículos 24 CE y 47 CDFUE que introduce cualquier modelo de intervención penal que comporte o estimule una inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal. La propuesta normativa sometida a informe de este Órgano constitucional no debería introducir riesgo alguno de afectación del principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, de la mano de fórmulas normativas de tipificación que sugieran modificación de la carga de la prueba que ex *Constitutione* debe recaer sobre las acusaciones.

SEXAGESIMONOVENA.- En las legislaciones que han optado por tipificar los delitos de violencia sexual a partir del denominado modelo del consentimiento se ha introducido una modalidad imprudente de comisión, con el fin de penalizar aquellos supuestos en los que el autor no ha desplegado la diligencia necesaria y exigible para determinar que el sujeto pasivo ha emitido un consentimiento válido y eficaz. Tal es el caso del código penal noruego



(sección 192) y sueco (capítulo 6, sección 1). En nuestra regulación vigente, la falta de una disposición específica que sancione la imprudencia conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP), que en los supuestos de error vencible sobre la concurrencia de uno de los elementos del tipo (por ejemplo, la falta de consentimiento) deba acordarse la absolución (en este sentido, *mutatis mutandi*, el caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2008). Es cierto que con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas el aplicador podría encuadrar los supuestos dudosos por falta de dolo directo en el ámbito del dolo eventual, pero, sin duda, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible.

SEPTUAGÉSIMA.- El **artículo 179 CP** tipifica el delito de violación en términos idénticos a la regulación vigente, rebajando, sin embargo, la pena de prisión de seis a 12 años a prisión de cuatro a diez años. El ámbito de aplicación del delito se amplía en coherencia con la nueva tipificación de las agresiones sexuales del artículo 178 CP, de modo que los abusos sexuales con penetración del actual 181.4 CP pasan a tipificarse como delitos de violación. El anteproyecto se sitúa, de este modo, en la línea de la LO 11/1999 que reintrodujo el tradicional *nomen iuris* violación en el Código Penal y la ampliación de su campo de cobertura tiende a ajustarse a los usos lingüísticos de la sociedad.

SEPTUAGESIMOPRIMERA.- La agravante de que los hechos se cometan por la actuación de dos o más personas (**art. 180.1.1ª CP**), al haberse unificado las actuales conductas de agresiones y abusos sexuales, puede aplicarse a aquellas modalidades de agresión sexual que con el Código vigente se calificarían de abusos. Se recoge, de este modo, una adecuada punición de conductas que presenten un mayor desvalor y que ahora no daban lugar a una pena agravada por la limitación de circunstancias agravantes de los abusos sexuales contenida en el artículo 181.5 CP.

SEPTUAGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 180.1.2ª CP** contempla la circunstancia agravante de que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Ambas circunstancias remiten a bienes jurídicos distintos: integridad física, de un lado, e integridad moral, en el otro. Por ello, por razón de una mejor sistemática, sería conveniente que la circunstancia violencia de extrema gravedad se ubique en el artículo 181.1.6ª CP (uso de armas u otros medios igualmente peligrosos) cuyo bien jurídico subyacente es el mismo. Debe llamarse la atención de que



la introducción de la circunstancia de la concurrencia de violencia de extrema gravedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.f del Convenio de Estambul, pero tal agravación determina que el tipo básico de agresión sexual absorbe los supuestos en que concurra violencia, aunque esta sea grave, lo cual redundaría en las consideraciones ya efectuadas sobre el efecto de desprotección que puede generar la opción por la parificación de todas los medios comisivos de un ataque a la libertad sexual en único tipo.

SEPTUAGESIMOTERCERA.- El carácter particularmente degradante o vejatorio se predica actualmente de la violencia o intimidación (art. 180.1.1ª CP vigente), por lo que la agravante se vincula al medio comisivo. La propuesta se refiere a «actos» que revistan tal carácter y que precedan o acompañen a la agresión sexual. El término actos tanto puede referirse a los medios comisivos como al acto de naturaleza sexual en que consista el atentado, por lo que se amplía el campo de aplicación de la agravante.

SEPTUAGESIMOCUARTA.- En el **artículo 180.1.3ª CP** se mantiene sustancialmente la redacción vigente, introduciendo, sin embargo, como cláusula abierta la de que la situación de especial vulnerabilidad puede apreciarse «*por cualquier otra circunstancia*». No parece que de este enunciado se desprenda una voluntad del prelegislador de apartarse de la doctrina jurisprudencial que ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva del inciso víctima especialmente vulnerable por razón de su «situación» que vinculaba el motivo de la vulnerabilidad a la propia persona y no a factores objetivos o exteriores a la misma, que podían subsumirse en la agravante genérica del artículo 22.2 CP (SSTS 1386/2005 y 625/2010).

SEPTUAGESIMOQUINTA.- Se introduce una nueva circunstancia agravante en el **artículo 180.1.4ª CP**: «*Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*». La novedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.a del Convenio de Estambul, pero con la relevante variación de que la redacción propuesta introduce una variable de género que está ausente en el Convenio que se refiere a «*que el delito se hay cometido contra un cónyuge o pareja de hecho*». La nueva circunstancia agravante específica, a la vista de la evolución jurisprudencial, viene a consolidar normativamente la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación, y además concurre el plus de culpabilidad del autor por el desprecio a la comunidad de convivencia.

SEPTUAGESIMOSEXTA.- El **artículo 180.1.7ª CP** introduce como circunstancia el hecho de que para la comisión del delito el autor haya



anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, formulando como agravante lo que ahora es un medio comisivo del delito de abusos sexuales (art. 181.2 CP vigente). La redacción proyectada merece una valoración favorable que recoge el mayor desvalor de este tipo de conductas y que como se había puesto de manifiesto por la doctrina constituyen una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente.

SEPTUAGESIMOSÉPTIMA.- El **artículo 181 CP** proyectado tipifica las agresiones sexuales a menores de 16 años. La redacción del tipo básico contenida en el apartado 1 mejora técnicamente la actual regulación del artículo 183.1 CP vigente. La literalidad del tipo actual («*el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*») ha podido plantear dudas acerca de si se trata de un delito de propia mano del que se excluye aquellos actos sexuales que no impliquen contacto entre el sujeto activo y pasivo. Se trataba de dudas doctrinales que no han llegado a plantearse en nuestra jurisprudencia para el que las formas comisivas del delito admitiendo tanto el contacto directo del sujeto activo con el menor como los supuestos en que no concurre contacto corporal ni contigüidad física alguna (STS 3017/2016, de 12 de abril). La letra del tipo deja claro ahora que el tipo incluye los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

SEPTUAGESIMOCTAVA.- El **artículo 181.2 CP** tipifica las modalidades agravadas de agresión sexual contra menores de 16 años, por emisión a las formas comisivas contempladas en el artículo 178. Se introduce un tipo atenuado facultativo similar al previsto en el artículo 178.3 CP, si bien en lugar de «*menor entidad del hecho*» se dice «*menor gravedad del hecho*». Son trasladables en este punto las mismas observaciones expuestas más arriba sobre la falta de taxatividad del precepto.

SEPTUAGESIMONOVENA.- El **artículo 181.4 CP** contempla un listado de circunstancias agravantes respecto del que se reiteran las consideraciones ya formuladas sobre la ubicación sistemática de la agravante «*violencia de extrema gravedad*», la amplitud del concepto de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y sobre el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima.

OCTOGÉSIMA.- La agravante contemplada en el **artículo 181.4.f CP** proyectado supone trasladar al ámbito de las agresiones sexuales contra menores lo ya previsto para las agresiones sexuales contra mayores de 16 años y supone una mejora técnica respecto de lo establecido actualmente en



el artículo 183.4.f CP vigente que contiene conceptos más abiertos e imprecisos.

OCTOGESIMOPRIMERA.- La agravante prevista en el **artículo 181.4.d CP** produce cierta perplejidad, pues tras la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio. No es descartable que puedan darse casos de relación de pareja en la que al menos uno de sus miembros se menor de 16 años, pudiendo ser aplicable la agravante en estos supuestos. En todo caso, el prelegislador debería reajustar la redacción de este precepto.

OCTOGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 182 CP** mantiene el delito contemplado en el artículo 183 bis CP vigente con alguna variación relevante. Por un lado, se elimina del tipo la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual con buen criterio pues tales conductas pasan a estar expresamente contempladas en el tipo básico del artículo 183.1 CP proyectado. Se mantiene, en cambio, la conducta típica consistente en hacer presenciar actos de naturaleza sexual, tal y como exige la Directiva UE/2011/93. En el tipo agravado previsto en el artículo 182.2 CP proyectado con el fin de mantener un nivel adecuado de precisión debería sustituirse el término «*delito de carácter sexual*» por «*delito contra la libertad sexual*».

OCTOGESIMOTERCERA.- El **artículo 183 bis CP** proyectado introduce mejoras técnicas en la redacción del artículo 183 quáter CP vigente. En particular, ha de valorarse favorablemente la limitación de la eficacia para la exclusión de responsabilidad penal del consentimiento del menor, que se circunscribe a los tipos básicos de agresión sexual del artículo 181.1 CP y del artículo 181.2 CP, a diferencia de la regulación vigente que extiende tal eficacia a todos los delitos contenidos en el capítulo II del título II. Esta precisión del ámbito de eficacia excluyente de la antijuricidad del consentimiento dota de mayor seguridad jurídica al precepto, pues al tener que tratarse de un consentimiento libremente formado es claro que deben excluirse los supuestos en que se haya obtenido mediante violencia, intimidación, engaño, abuso, etc. Esta limitación de la eficacia del consentimiento que en la redacción vigente queda en manos del intérprete, se expresa ahora de modo claro y preciso en la norma.

OCTOGESIMOCUARTA.- El **cuadro penológico** contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII supone una reducción del límite máximo de algunas penas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el establecimiento de la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta



conseguirlo es expresión de «*un complejo juicio de oportunidad*» (STC 55/1996, FJ 6) en la elaboración de la política criminal. Respecto de los marcos penales proyectados cabe señalar que el anteproyecto no ofrece una justificación de los nuevos umbrales de pena previstos. Por otro lado, la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente.

OCTOGESIMOQUINTA.- El **artículo 184 CP** proyectado introduce como novedad destacable en la regulación del acoso sexual la previsión de la pena de inhabilitación especial de un año a quince meses para el tipo básico y de uno a dos años para el tipo agravado.

OCTOGESIMOSEXTA.- Se modifica la tipificación del proxenetismo no coactivo en el **artículo 187.2 CP** proyectado, incorporando, aparentemente, un concepto más amplio de explotación. El vigente artículo 187.1 segundo párrafo, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 establece dos hipótesis en las que debe apreciarse la explotación lucrativa de la prostitución (consentida) de otra persona: cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad o cuando se impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. El precepto proyectado dispone ahora que «*se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación*». Parece clara la intención del prelegislador de ampliar el concepto de explotación vinculándolo a la existencia de una relación de dependencia o subordinación, esto es, que quien se lucra de la prostitución ajena controla, dirige y fija las condiciones de su ejercicio. Estos elementos objetivos del concepto típico de explotación resultan más asequibles al esfuerzo probatorio. Ahora bien, este planteamiento se ve empañado con el uso del sustantivo aprovechamiento, pues parece añadir un ítem distinto al del lucro cuyos contornos resultan difícilmente identificables. En este sentido, debería eliminarse el inciso «*aprovechamiento de*».

OCTOGESIMOSÉPTIMA.- El **artículo 187 bis CP** proyectado introduce como delito contra la libertad sexual la denominada tercería locativa, actualmente impune, pero lo hace en unos términos tan exigentes que resulta dudoso que la finalidad de conminar penalmente este tipo de conductas que inciden sobre la libertad sexual de las personas sea realmente eficaz. El requisito de habitualidad deja fuera del tipo las conductas de quienes ceden con ánimo de lucro un espacio para la explotación de la prostitución de otra cuando tenga carácter más o menos puntual o no reiterado. No parece que la habitualidad exprese una cantidad de desvalor en comparación con la tercería locativa realizada de forma ocasional o no reiterada de tal magnitud



que justifique que sólo esta forma comisiva merezca reproche penal. La tercería locativa no deja de contribuir a la explotación de la prostitución ajena, aunque no tenga carácter habitual, pues la lesión del bien jurídico protegido no desaparece por falta de reiteración. Por ello, debería contemplarse la punición de la tercería locativa no habitual como modalidad atenuada. Por otro lado, la delimitación de los espacios destinados a la explotación de la prostitución ajena que tienen relevancia típica parece responder a una visión del fenómeno que se quiere combatir que adolece de cierto convencionalismo. Debería establecerse una descripción más abierta de los espacios típicos que permita abarcar otro tipo de lugares idóneos (caravanas, tiendas, etc.) para la explotación de la prostitución.

OCTOGESIMOCTAVA.- El **artículo 189 bis CP** en relación con las penas imponibles a las personas jurídicas penalmente responsables se introduce como mejora técnica la expresa previsión de la disolución de la persona jurídica.

OCTOGESIMONOVENA.- Se valora favorablemente la reubicación del **artículo 190 CP** dentro del Capítulo VI relativo a las disposiciones comunes.

NONAGÉSIMA.- El **artículo 194 bis CP** proyectado introduce una norma concursal conforme a la cual los delitos cometidos contra la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero y los delitos contra la libertad sexual se castigarán separadamente, esto es, conforme al principio de acumulación propio del concurso real. Con esta previsión normativa parece que deberá entenderse corregida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual las lesiones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual deben considerarse consumidas en el tipo delictivo, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil (Acuerdo del Pleno no jurisdicción de la Sala II de 10 de octubre de 2003, recogido en SSTS 7 de noviembre de 2013, 22 de octubre de 2015 y 5 de febrero de 2018). Por otra parte, respecto de las lesiones físicas, la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que la agresión sexual o la violación en su tipificación actual consume las lesiones producidas por la violencia como medio comisivo típico (SSTS 10 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2008). Con la regulación proyectada, en cambio, en la medida en que el tipo básico de agresión sexual no contempla específicamente como medio comisivo la violación, cabe entender que el delito de agresión sexual no consumiría las lesiones producidas por la violencia, procediendo la aplicación de la norma concursal. En todo caso, debe subrayarse que no resulta justificado apartarse de las reglas concursales generales, bien definidas en su aplicación por la jurisprudencia, mediante el establecimiento de reglas especiales de concurso.



NONAGESIMOPRIMERA.- En la **disposición final sexta**, el intento de extender el objeto de la **Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual** mediante la reforma del **apartado 2 del artículo 1**, sustituyendo la expresión «las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia» por una amplia enumeración de conductas que atentan contra la libertad sexual, resulta innecesario e implica el riesgo de delimitar el precepto en la práctica, al no ser posible enumerar toda la posible casuística, siendo la redacción actual más adecuada para poder abarcar cualquier ataque a la libertad sexual.

NONAGESIMOSEGUNDA.- El intento de concreción de aspectos a ser evaluados en el muy difícil ámbito de la cuantificación de lo que genéricamente vendría a referirse al daño moral que se realiza en el **apartado 4 del artículo 6 de la Ley 35/1995** resulta adecuado, si bien se producen incongruencias entre alguno de los conceptos a ser evaluados, resultando sistemáticamente más adecuado y clarificador que se incluyesen en dicho apartado únicamente las nociones directamente relacionados con el daño mental y/o moral, y se añadiera un nuevo apartado referido a daños físicos y materiales, o, se optase simplemente por ampliar la referencia a “daños físicos, psíquicos, morales y materiales”.

NONAGESIMOTERCERA.- En el **apartado 1 del artículo 7 de la Ley 35/1995** se añade un nuevo párrafo por el que se amplía la prescripción para la solicitud de ayudas en caso de víctimas de delitos de género o contra la libertad sexual a tres años. Debe señalarse que la ampliación del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas a tres años respecto de las víctimas de violencia de género ya se había incorporado en la Ley mediante la adición de un apartado 4 al artículo 7 por la Ley 6/2018, de 3 de julio, por lo que el APLO en este punto viene a incorporar a este singular régimen a las víctimas de delitos contra la libertad sexual. En consecuencia, debería derogarse el apartado 4 del artículo 7. Por otro lado, cabe indicar que al fijarse como *dies a quo* del plazo, «*en todo caso*», la fecha en la que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso, se puede genera dificultades para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción en los supuestos de víctimas cuya condición de tales se haya determinado por vías ajenas al proceso penal.

NONAGESIMOCUARTA.- En la **disposición final séptima**, por razones de economía legislativa, resultaría sistemáticamente más adecuado que en vez de añadir **el artículo 31 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, se hiciesen las adaptaciones oportunas del artículo 31



bis relativo a las víctimas extranjeras de violencia de género para incluir a las víctimas de violencia sexual. Por otra parte, con independencia de que se opte por incluir en el artículo 31 bis a las víctimas de violencia sexual o por mantener el nuevo artículo 31 ter, debe tomarse en consideración la regulación contenida en el artículo 59 bis de la Ley, referida a las víctimas extranjeras de trata de seres humanos. Este artículo establece una protección limitada, que requiere la cooperación de la víctima con las autoridades, en tanto que el nuevo artículo 31 ter -o el ampliado artículo 31 bis, en su caso-, el cual es aplicable a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, ofrece una protección sin condicionamiento de cooperación. Se produce una aparente concurrencia normativa que pudiera producir problemas en la determinación de la norma aplicable, y dar lugar a resultados contrarios a la finalidad y objetivo de la ley proyectada. Esta concurrencia queda salvada si entendemos, como parece indicar el artículo 31 ter, que el criterio que habrá de determinar la aplicación de uno u otro régimen de protección es la existencia o no de denuncia de los hechos presuntamente delictivos, de modo que el régimen proyectado en artículo 31 ter se aplicaría para el caso en que se haya formalizado ya el inicio de la investigación a través de la denuncia, mientras que el régimen del artículo 59 bis se desenvolverá en las fases previas a la formulación de la denuncia, aplicándose a todas las víctimas potenciales de trata de seres humanos.

NONAGESIMOQUINTA.- En la reforma de la **Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas**, que se lleva a cabo en la **disposición final décima** con la introducción de modificaciones en el **apartado 30 del artículo 7**, se opta por una extensión de los motivos de discriminación que no aparece recogida en dichos términos en el texto proyectado ni en la MAIN del Anteproyecto, sin que aparezca explicación y justificación alguna para la modificación que se lleva a cabo en esta disposición legal, y que no se extiende a otras regulaciones relativas a los servidores públicos, siendo la redacción actual no sólo suficientemente amplia, sino más adecuada para una interpretación ajustada a las circunstancias gracias a la expresión *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* que, no obstante, se elimina en la nueva redacción, por lo que se sugiere la posibilidad de que el prelegislador mantenga la actual redacción o incluya la citada frase como cierre del precepto.

NONAGESIMOSEXTA.- Se añade *in fine* en el **artículo 7.30 de la Ley Orgánica 8/2014** la expresión «*cuando no sean constitutivos de delito*», lo que debe calificarse de reiterativo, toda vez que el artículo 7 se encabeza estableciendo «*Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito*», sin que sea necesaria su adición en todos y cada uno de los



apartados, y sin que aparezca justificado que solo se reitere en el apartado 30.

NONAGESIMOSÉPTIMA.- No se aborda la reforma del **apartado 12 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014**, produciéndose una tipificación global deficiente y confusa, que añade a la falta grave las acciones de «*acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*», cuando «*realizarlas, ordenarlas o tolerarlas*», encontraban ya su específica regulación, por su mayor gravedad, en el artículo 8.12. En todo caso, si el objeto de la reforma fuese que el «no denunciar», acción típica exclusiva del artículo 7.30, se extendiera a las conductas de «*acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*», procedería que se especificase correctamente en el enunciado.

NONAGESIMOCTAVA.- Resulta acertada la reforma del **artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito**, que se aborda en la **disposición final decimoprimer**a, ya que la modificación propuesta mejora la efectividad del sistema de protección y despeja dudas respecto al derecho a la notificación cuando se producía algún tipo de problemática en relación con la solicitud y su tramitación. Bien es cierto que, dado que esta disposición se configura como un derecho básico de las víctimas, a pesar de no ser parte del procedimiento penal, procedería incluir una cláusula que permitiese a estas manifestar su deseo de no recibir dichas notificaciones.

NONAGESIMONOVENA.- Resulta innecesaria la modificación que se realiza del **apartado 3 del artículo 7 de la Ley 4/2015**, y que consiste en la ampliación del precepto original a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, siendo lo procedente, a tenor de las modificaciones anteriores, eliminarla, ya que, si todas las víctimas tienen derecho a ser notificadas de todas las resoluciones enumeradas en el apartado 1, resulta falta de congruencia establecer en el apartado 3 que determinadas víctimas -de violencia de género y de delitos contra la libertad sexual-, deberán ser notificadas de las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d).

CENTÉSIMA.- Se sugiere que en la modificación del **apartado b del artículo 25.1 de la Ley 4/2015** se sustituya la expresión «*así como en género*», por «*así como formación en género*», para mayor claridad.

CENTESIMOPRIMERA.- En caso de que se lleve a cabo la modificación del Código Penal en los términos planteados en la disposición final quinta del Anteproyecto, con la modificación del Título VIII y la eliminación de la palabra



“indemnidad” de su rúbrica, procedería llevar a cabo las correspondientes modificaciones en las referencias contenidas en el Estatuto de la Víctima en **los artículos 13.1 a), 19.1, 23.2 b) y 23.4.**

CENTESIMOSEGUNDA.- En la modificación del **artículo 48 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar** que se realiza en la **disposición final decimosegunda**, al eliminarse la exigencia de la gravedad en relación con la acción típica de realizar actos de discriminación, se produce una equiparación entre el tipo penal y la falta disciplinaria (artículo 7.30 de la Ley disciplinaria militar), por lo que procedería, bien mantener la graduación, bien eliminar la tipificación disciplinaria, convirtiendo la conducta, independientemente de su gravedad, en delictiva, lo que, sin embargo, podría resultar contrario al principio de intervención mínima del derecho penal.

CENTESIMOTERCERA.- Dadas las modificaciones relativas a los motivos de discriminación que se producen en la Ley Disciplinaria Militar y en el artículo 48 del Código Penal Militar, procedería, si se decide mantener dicha modificación, introducir idéntica reforma en **el artículo 50**, pues de lo contrario, se produciría una distinción incoherente. Del mismo modo, si finalmente se optase por eliminar la “gravedad” de la acción del artículo 48 en relación con los actos de discriminación -y por tanto, la correlativa modificación de la ley disciplinaria con la eliminación de dicha falta-, también procedería eliminar dicha exigencia de gravedad en el artículo 50.

CENTESIMOCUARTA.- La **disposición final decimoctava** del Anteproyecto contempla la **especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales**. El prelegislador propone a) revisar las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados»; y b) la configuración -por ley ordinaria- de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en la Ley Orgánica proyectada.

CENTESIMOQUINTA.- A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura Ley Orgánica de modificación de la LOPJ, no aparece clarificado por el momento si la futura especialización prevé la creación de órganos jurisdiccionales específicos que -se debe entender dentro del orden jurisdiccional penal- abordarían de forma exclusiva y excluyente los delitos de violencia sexual, o si se opta por una revisión de las competencias que



tienen actualmente atribuidos los Juzgados de violencia sobre la mujer, a fin de incluir los delitos contra la libertad sexual, sin necesidad de creación de nuevos órganos especializados, pero, indudablemente, con la necesidad de incrementar el número de juzgados de violencia para hacer frente a sus nuevas competencias.

CENTESIMOSEXTA.- En todo caso, la multiplicidad de conductas y diversidad de sujetos que implican los delitos contra la libertad sexual supone la necesidad de clarificar y determinar circunstancias específicas, como qué órgano judicial, si el Juzgado de menores o el de violencia sobre la mujer (u otro órgano judicial especializado), tendría atribuida la competencia en caso de un delito de violencia sexual cometido por un menor de edad. Del mismo modo, debería determinarse si la creación de nuevos órganos especializados, en caso de que se opte por dicha opción, supondría la atribución de la competencia sobre la violencia sexual de género, quedando por tanto excluida de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Finalmente, la violencia sexual sobre menores de edad presenta unas características específicas relevantes que obligan a plantearse la posibilidad de establecer a su vez órganos jurisdiccionales especializados en los crímenes sexuales contra niños y adolescentes.

CENTESIMOSÉPTIMA.- Si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y de órganos jurisdiccionales especializados en infancia, adolescencia y familia, ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de sus configuración territorial, la creación de una jurisdicción especializada -o el incremento de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer, que indudablemente debería verse acompañado del incremento del número de estos Juzgados- destinada a conocer de los delitos de violencia sexual, conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con dichas competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales -con la creación de nuevos órganos o el aumento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y los Juzgados de lo penal y secciones de las Audiencias destinadas a esta tarea-, y un nuevo diseño de su organización territorial, sino un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva organización sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que parece animar su creación, la mejor protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual.



CENTESIMOCTAVA.- La prevista futura Ley Orgánica de reforma de la LOPJ deberá definir con claridad si, además de la creación de nuevos órganos jurisdiccionales especializados -o de la ampliación de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer (cfr. artículos 311 y 312.2 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018); o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales especializados -ya sean nuevos órganos de violencia sexual o de violencia sobre la mujer- a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia; o si, finalmente, se modifica el contenido de dichas pruebas selectivas en la especialización de violencia sobre la mujer para incluir los conocimientos en violencia sexual.

CENTESIMONOVENA.- Las razones en las que se sustenta la especialización jurisdiccional y la intensa relación entre la materia objeto de especialización, la norma y el órgano, no se encuentran de forma tan nítida cuando se trata de una materia, la relativa a las violencias sexuales, que, en su transversalidad, se proyecta sobre distintos ámbitos normativos y esferas de actuación jurisdiccional diferentes. Si, como se propugna como mejor técnica normativa en las consideraciones generales de este informe, el tratamiento normativo más plausible pasaría por ampliar el ámbito objetivo de las distintas normas que pueden confluir en el tratamiento de las violencias sexuales, se diluyen entonces las razones que conducen a configurar un orden específicamente especializado en dicha materia, cuando habría de quedar incorporada a aquellas materias, y al correspondiente marco normativo, que ya se encuentran reservados a órganos especializados actualmente existentes.

CENTESIMODÉCIMA.- En el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de violencia sexual, debería tener en cuenta la habilitación que desde la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

CENTESIMOUNDÉCIMA.- La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda al régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 25 de febrero de 2021.

Jose Luis de Benito y Benitez de Lugo
Secretario General

ANEXO V

**Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía
integral de la libertad sexual**



INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

I. ANTECEDENTES

En fecha 16 de octubre de 2020 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado la comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, solicitando informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días. El Anteproyecto de Ley Orgánica se acompaña de su correspondiente Memoria de análisis de impacto normativo.

El oficio justifica su remisión en el cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (artículo 124 CE y artículo 1 EOMF). Para el cumplimiento de esta misión, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las funciones recogidas en el artículo 3 del EOMF.

No obstante, la aludida limitación material de la potestad de informe del Consejo Fiscal, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo



Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

Según su Exposición de Motivos, la nueva Ley Orgánica *"pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por los factores de discriminación descritos. Para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas, se confiere una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinarias de actuación institucional y profesional especializada y coordinada"*. El texto propuesto reviste, por tanto, un marcado carácter transversal, viéndose afectadas por su articulado materias y cuerpos normativos de muy diferentes especialidades del Derecho vinculadas con la organización y estructura del Ministerio Fiscal, además de incidir en algunas de sus funciones.

El Anteproyecto sometido a informe incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa (artículo 3.3 EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (artículo 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo



directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (artículo 3.5 EOMF); velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (artículo 3.10 EOMF); ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor (artículo 3.13 EOMF).

Es por ello que la emisión del presente informe se enmarca en las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

II. JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto objeto de informe nace con la vocación de actualizar el ordenamiento jurídico español adaptándolo al Convenio de Estambul, con el objeto de abordar el tratamiento específico y la protección necesaria para hacer frente a cada tipo de violencias, así como de formar conciencias activas, individuales y colectivas, a favor de relaciones igualitarias, de unas instituciones comprometidas con la erradicación de las violencias sexuales y de adoptar mecanismos para garantizar la reparación integral de las víctimas.

El Anteproyecto, por consiguiente, pretende garantizar el derecho a la libertad sexual, el abordaje integral de las violencias sexuales cometidas contra mujeres, niñas y niños, acomodando nuestro ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales asumidos por España.



En la Exposición de Motivos se indica que España ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos y convenios europeos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas, las violencias sexuales. Cabe destacar la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (CEDAW), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

El Convenio de Estambul establece la obligación de las Administraciones Públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como *“todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas impulsaron la promoción y protección de los derechos humanos, incluida la lucha contra toda clase de discriminación y violencia que sufren las mujeres y las niñas. Concretamente, en su objetivo 5 establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

Por lo que respecta a la prevención y respuesta específica a las violencias sexuales contra niñas y niños, España asumió compromisos concretos derivados de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de



Lanzarote) y de la aprobación de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Mecanismos de Naciones Unidas como el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces.

Por su parte, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas ha recomendado al Estado español que adopte todas las medidas apropiadas para combatir la violencia contra las mujeres con discapacidad y para prevenir, investigar y ofrecer reparaciones por las violaciones de sus derechos humanos, enjuiciando a las personas responsables.

El Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país mejorar los procedimientos de detección y coordinación para garantizar que las violencias sexuales contra niñas y niños sean debidamente investigadas y sancionadas y se proporcione reparación a las víctimas, en el marco de procedimientos administrativos y judiciales respetuosos con las necesidades específicas de éstas.



La Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razón de género desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado, por unanimidad, por el Congreso de los Diputados y el Senado, en diciembre de 2017, supuso un hito en la lucha contra la violencia contra las mujeres y una llamada al legislador para adaptar el ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales asumidos por España. Así, entre otras, la medida 102 del Texto integrado establece la necesidad de *“ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”* o las medidas 250 a 272 del texto integrado comprendidas en el Eje 8 del Pacto de Estado dedicado a *“visualización y atención a otras formas de violencia contra las mujeres”*.

El texto trata de dar respuesta –y en ese sentido, la iniciativa se valora positivamente– a los compromisos internacionales asumidos por el Estado español, a las recomendaciones de los organismos anteriormente citados y al contenido del propio Pacto de Estado de 2017.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley consta de sesenta y dos artículos distribuidos en un título preliminar y ocho títulos numerados del I al VIII, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y veintidós disposiciones finales.



El Título Preliminar establece el objeto y finalidad de la ley, sus principios rectores y su ámbito de aplicación. Como se indica en la Exposición de Motivos, se parte de un enfoque de la respuesta institucional que coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las Administraciones Públicas en la posición de garantes de los mismos, como titulares de obligaciones. Incluye la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas se adecuan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

El Título I contiene medidas de mejora de la investigación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual, con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley.

El Título II prevé actuaciones para la prevención y la detección de las violencias sexuales como base fundamental para su erradicación. El Capítulo I establece medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, de la Administración Pública y castrense, así como de lugares residenciales y de privación de libertad. Incluye campañas institucionales de prevención, con el fin de prevenir las violencias sexuales tanto en el ámbito público como en el privado. Estas campañas están orientadas a combatir los estereotipos de género y falsas creencias que obstaculizan la prevención de las violencias sexuales.

El Capítulo II de este Título prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en tres ámbitos fundamentales: el educativo, el sanitario y el sociosanitario, con el fin de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas. Además, se prevé el



establecimiento de protocolos de actuación que permitan la detección y atención de casos de mutilación genital femenina y de matrimonio forzado.

El Título III recoge las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral, la protección y la justicia, como una de las principales garantías de aplicación de esta ley.

El Título IV está dedicado al derecho a la asistencia integral especializada y accesible. En el Capítulo I se define el alcance y garantía de este derecho. El Capítulo II establece medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral y de empleo público que concilien los requerimientos de la relación laboral o del empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencias sexuales.

El Título V regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y establece la obligación de una actuación policial especializada y mejoras relativas a la calidad de la atención en el proceso de denuncia, la investigación exhaustiva y la protección efectiva de mujeres en riesgo.

El Título VI aborda el derecho al acceso y obtención de justicia. En el Capítulo I se aborda la especialización en violencia sexual de las unidades de valoración forense integral y del personal médico forense. El Capítulo II establece medidas judiciales de protección y acompañamiento reforzado para las víctimas.

El Título VII consagra el derecho a la reparación que supone el deber del Estado de restituir a la víctima en su situación anterior a la violencia y comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física,



psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

El Título VIII prevé medidas para garantizar la aplicación efectiva de la ley.

La Disposición adicional única está dedicada a la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

La Disposición transitoria única regula la aplicación de medidas contempladas en la ley a los procesos en trámite.

La Disposición derogatoria única deroga aquellas normas que se opongan al contenido de la ley.

La Disposición final primera modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

La Disposición final segunda modifica la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

La Disposición final tercera modifica la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

La Disposición final cuarta modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.

La Disposición final quinta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*.



La Disposición final sexta modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de *Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*.

La Disposición final séptima modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

La Disposición final octava modifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la *igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

La Disposición final novena modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del *Estatuto del trabajador autónomo*.

La Disposición final décima modifica la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*.

La Disposición final undécima modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*.

La Disposición final duodécima modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del *Código Penal Militar*.

La Disposición final decimotercera modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

La Disposición final decimocuarta modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.



La Disposición final decimoquinta modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La Disposición final decimosexta establece la naturaleza de la ley.

La Disposición final decimoséptima dedicada al título competencial.

La Disposición final decimoctava contiene la mención a la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en violencias sexuales.

La Disposición final decimonovena relativa a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

La Disposición final vigésima prevé modificaciones reglamentarias.

La Disposición final vigesimoprimera prevé la habilitación para el desarrollo reglamentario.

La Disposición final vigesimosegunda contiene la entrada en vigor de la norma. El presente informe incide en prácticamente todo el articulado, sin perjuicio de detenerse en aquellos preceptos que resultan más directamente vinculados con la actividad del Ministerio Público.

En cuanto al orden expositivo, se sigue el del propio articulado y demás disposiciones del Anteproyecto, realizando unas consideraciones previas al conjunto del texto.

Los apartados que no se mencionan expresamente no son objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del artículo 14.4.j) EOMF.



IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. PRECISIONES CONCEPTUALES

Se considera que no resulta correcto el nombre de la ley, al entender que puede llevar a equívocos. El derecho a la libertad sexual se predica de todos y cada uno de los individuos, no de una parte, por cuantiosa que sea. El Anteproyecto regula medidas y una protección integral frente a las violencias sexuales, cuyas víctimas en mayor proporción son mujeres, niñas y niños.

Según los datos estadísticos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, del total de condenados por delitos contra la libertad sexual en el año 2019 el 96,97% fueron hombres, frente al 3,03 % de mujeres.

En el informe elaborado por el Ministerio del Interior en 2018, del total de victimizaciones por delitos contra la libertad sexual el 85,38 % fueron mujeres y el 14,54 % hombres.

La norma proyectada tiene una estructura y contenido similar a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, abordando desde un enfoque global todos los aspectos de las violencias sexuales, desde la prevención, sensibilización, detección, protección, punición y reparación. Por ello, para evitar reiteraciones, solapamientos y disfunciones en el sistema de protección establecido, al tiempo que se mantendría la coherencia e integridad conceptual con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, hubiera resultado más lógico modificar la LO 1/2004 en el sentido de ampliar su contenido a las violencias sexuales y en cuanto a la protección de los menores, víctimas de violencia sexual, regularla en el ámbito del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la



Adolescencia frente a la Violencia. Reforzando lo anterior, basta señalar que la gran mayoría de medidas contempladas en el presente Anteproyecto tienen por destinatarias a mujeres y no a niñas ni niños, llegando en alguno de los preceptos a hacerse referencia únicamente a mujeres, como se pondrá de manifiesto más adelante. Asimismo, se otorga un papel fundamental a la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género al configurarlo como órgano responsable de recogida y análisis permanente de la información, en los términos del artículo 5 del Anteproyecto; el artículo 57.2 del Anteproyecto llega a afirmar que *“dentro de las funciones que tienen encomendadas en materia de violencia de género la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, las Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer, se entenderán comprendidas todas aquellas violencias a las que se refiere esta ley orgánica”*.

2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Lo primero que llama la atención de la Exposición de Motivos es su extensión; el contenido de las secciones IV (rango normativo), V (principios de buena regulación) y VI (título competencial) resulta más propio de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que de la Exposición de Motivos.

La Sección I se destina a la conceptualización de las violencias sexuales, para lo cual se toma como referencia lo establecido en el artículo 36 del Convenio de Estambul, así como lo dispuesto, entre otras, en la Medida 104 del texto integrado del Pacto de Estado contra la violencia de género. En la Medida 104 de este Pacto de Estado se declara que *“la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, y comprende todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres, daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, así como cualquier otra*



forma de violencia que afecte a las mujeres de forma desproporcionada. (...) Son también formas de violencia contra las mujeres conforme al Convenio de Estambul, la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina. El matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razones de género, el aborto forzado y la esterilización forzada, incluso en los casos en que no exista con el agresor la relación requerida para la aplicación de la LO 1/2004”.

Se afirma en la Exposición de Motivos que *“la presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual”*. Sin embargo, no se realiza propuesta alguna de modificación en este sentido ni en el Código Penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este punto convendría recordar la modificación –de la que se tratará más adelante– del artículo 13 LECrim propuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI), así como la posición favorable al respecto del Consejo Fiscal, plasmada en su informe de fecha 25 de marzo de 2019. Se desconocen las razones por las que dicha modificación del artículo 13 LECrim no figura entre las propuestas en el Proyecto de Ley Orgánica (LOPIVI) remitido a las Cortes Generales el 19 de junio de 2020, por lo que el Consejo Fiscal, coherentemente con lo ya informado, interesa se recupere tal modificación en el Proyecto de LOPIVI o que la misma se incorpore al presente Anteproyecto.

Asimismo, se hace referencia a la inclusión del *“homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica”*. Es cierto que no se propone reforma alguna en este sentido, pero también es cierto que su inclusión ya existe en el Código Penal, concretamente el artículo 140.1.2 CP



castiga con la pena de prisión permanente revisable cuando el asesinato "*fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*", por lo que la referencia a su inclusión no alcanza a comprenderse, salvo en lo relativo a la extensión de la aplicación de las medidas de reparación comprendidas en la propia norma y a efectos estadísticos.

Se dedica la Sección II a la mención de los distintos tratados y convenios internacionales suscritos por España y a las obligaciones contraídas por el Estado en la materia. El Anteproyecto pretende dar cumplimiento a tales compromisos y obligaciones.

La Sección III contiene una referencia a la estructura de la norma. Cabría señalar, sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la modificación propuesta del Código Penal, que la Sección III contiene una afirmación que debería ser eliminada del texto. Al exponer la unificación de conductas típicas en agresiones sexuales, superando, por tanto, la distinción entre agresiones y abusos, el texto afirma que "*este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria*".

La modificación propuesta contribuye a evitar la victimización secundaria, pero en modo alguno puede suponer una reorientación del régimen de valoración de la prueba. La carga de la prueba continuará correspondiendo a la acusación y el régimen de valoración de la prueba practicada en el juicio oral continuará siendo el establecido en el artículo 741 LECrim, como se asume en el propio texto.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa la eliminación de dicha afirmación de la Exposición de Motivos.



Como se ha puesto de manifiesto, se considera que las Secciones IV, V y VI exceden del contenido propio de una Exposición de Motivos.

3. TÍTULO PRELIMINAR. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y finalidad

En el apartado 1 del artículo 1 se establece que el objeto de esta ley es *“la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual”*.

No se considera correcta la formulación del objeto de la ley en tales términos. La libertad sexual se configura como una manifestación del derecho a la libertad del artículo 17 Constitución española, libertad que se predica de toda persona, como se analizará con más detenimiento al tratar la Disposición final quinta.

Resulta más preciso, atendiendo a la totalidad del articulado del Anteproyecto, indicar que el objeto de la ley radica en la protección integral de las víctimas (mujeres, niñas y niños) de violencias sexuales, en la prevención y erradicación de tales violencias. Ello resultaría más coherente con la finalidad de la norma reflejada en el apartado 2 de este mismo precepto: *“adoptar y poner en práctica políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas Administraciones Públicas competentes, que incluyan todas las medidas pertinentes que garanticen la prevención y la respuesta frente a todas las formas de violencia sexual”*.

El apartado 3 señala los fines a los que se encuentran dirigidas las medidas de protección integral y de prevención. Se valora positivamente la expresa mención realizada al fortalecimiento de las medidas de sensibilización



ciudadana y de prevención, promoviendo políticas eficaces de sensibilización y formación en distintos ámbitos entre los que señala el ámbito digital. Se considera acertado el enfoque global, en la medida en que aborda desde el origen hasta las últimas consecuencias de la violencia sexual, es decir, desde la sensibilización/concienciación, prevención, detección, hasta, finalmente, la reparación integral de las víctimas.

El apartado j), dentro del apartado 3 del artículo 1, establece como uno de los fines perseguidos por las medidas de protección integral y de prevención, *“asegurar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las víctimas de violencias sexuales”*. La referencia a “todas las víctimas” parece, por contraposición a lo manifestado en el apartado 1, no quedar circunscrita a las víctimas que fundamental y desproporcionadamente sufren violencias sexuales, esto es, mujeres, niñas y niños.

Artículo 2. Principios rectores

El artículo 2 recoge los principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos. Estos principios responden tanto a los compromisos internacionales asumidos por España en tratados y convenios internacionales para la protección y garantía de los derechos humanos, como a los derechos fundamentales recogidos en la propia Constitución española y al resto de nuestro ordenamiento jurídico.

Su punto 3 –*“enfoque de género”*– establece: *“Las Administraciones Públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la presente ley*



orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

Se considera conveniente modificar la redacción para clarificarla en el sentido de indicar que las Administraciones Públicas incluirán en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica el referido enfoque de género. De este modo, no solo se conseguiría una mejor comprensión del precepto, sino la configuración del “enfoque de género” no como alcanzar una meta o compilar un conjunto acabado de conocimientos, sino como instaurar un método, señalar un camino, un cierto modo de reflexionar.

De forma positiva se valora la referencia a que todas las acciones y las medidas contempladas en la ley sean concebidas desde la accesibilidad universal (punto 6), para que sean comprensibles y practicables por todas las víctimas, de modo que los derechos que recogen se hagan efectivos para víctimas con discapacidad, con limitaciones idiomáticas o diferencias culturales, para mujeres mayores y para niñas y niños. Esta mención expresa recoge lo ya establecido en la Ley 4/2015, *del Estatuto jurídico de la víctima del delito*.

De radical importancia y trascendencia resulta el punto 7, al indicar que *“todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas las medidas, dirigiéndose en particular a evitar la revictimización y la victimización secundaria”*.

Finalmente, resulta fundamental para la consecución de los fines propuestos, la cooperación efectiva entre todas las Administraciones Públicas, instituciones y organizaciones implicadas en la lucha contra las violencias sexuales, como señala el punto 9.



Artículo 3. **Ámbito de aplicación**

Se valora positivamente la inclusión en el apartado 1 de una definición de violencia sexual, si bien, se recomienda una nueva redacción.

El apartado 1 contiene dos definiciones de violencia sexual. En el primer párrafo se define violencia sexual en términos acordes con el Convenio de Estambul, y en el párrafo segundo del mismo apartado se indica que se considerarán violencias sexuales un número determinado de delitos, que no siempre coinciden con la denominación correcta de los mismos en el Código Penal, si bien se encontrarían incluso en la definición del párrafo primero.

Por lo que respecta al párrafo primero, carece de sentido la referencia al Código Penal puesto que el mismo no trata de “violencias sexuales”, siendo otra la nomenclatura que utiliza. Se valora positivamente la mención expresa al ámbito digital en tanto en cuanto muchas de las conductas referidas se producen hoy en día a través de las TICs. En cuanto al feminicidio sexual, resulta oportuno corregir la referencia al apartado siguiente por párrafo siguiente (si se continuara manteniendo éste).

Por lo que respecta al párrafo segundo, resulta confusa la mención a la “*especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital*”, en un párrafo dedicado a la concreción de las violencias sexuales contenidas en el Código Penal, puesto que como se indicaba anteriormente no se propone modificación alguna en este sentido del Código Penal ni de la LECrim, como ya se ha puesto de manifiesto recordando el Informe del Consejo Fiscal de fecha 25 de marzo de 2019 relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.



Por otro lado, se valora positivamente que se incluyan conductas realizadas en el extranjero siempre que las víctimas sean de nacionalidad española, en los términos del artículo 50 del Anteproyecto.

4.- TÍTULO I. INVESTIGACIÓN Y PRODUCCIÓN DE DATOS

El Título I contiene los artículos 4, 5 y 6 dedicados a la investigación en esta materia y a la producción de datos.

Por lo que respecta al artículo 4.1, su redacción es similar a la realizada en el artículo 2 punto 3, por lo que se reitera lo expuesto al analizar aquel precepto.

La previsión contenida en el artículo 4.2, *“la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, realizará y mantendrá actualizado un mapa de recursos de atención a las víctimas de violencias sexuales”*, resulta positiva, efectiva y necesaria para facilitar la ayuda a las víctimas.

El artículo 5 atribuye a la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, la condición de órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual. En la letra d) del precepto se indica que *“elaborará recomendaciones y propuestas de acción destinadas a la erradicación de las violencias sexuales”*. Se considera que la norma debería indicar los destinatarios de dichas recomendaciones.



5. TÍTULO II. PREVENCIÓN Y DETECCIÓN

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización

El Capítulo I comprende los artículos del 7 al 16. Nada se objeta a las medidas propuestas de prevención y sensibilización en el ámbito educativo (artículo 7), en los ámbitos sanitarios y sociosanitarios (artículo 8), en el ámbito publicitario (artículo 11), en el ámbito laboral (artículo 12), en la Administración Pública (artículo 13), en el ámbito castrense (artículo 14) y en instituciones residenciales y lugares de privación de libertad (artículo 15).

Se valora positivamente la expresa mención a las medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación (artículo 10).

En aras de la adaptación terminológica a la ley 34/2002, de 1 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y de conformidad con su artículo 2, debe utilizarse el término “prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España” en lugar de empresas y prestadores de servicios del sector de las tecnologías de la información (artículo 10.1.a). Por su parte, el artículo 10.1 del texto normativo debería contener el respeto de las Administraciones Públicas no solo a la libertad de expresión y a su independencia sino también a la libre prestación de servicios.

CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales

Nada se objeta al respecto.

6. TÍTULO III. FORMACIÓN

El Título III comprende los artículos del 22 al 31.



Nada se objeta respecto de la garantía de especialización profesional a través de la formación (artículo 22), formación en el ámbito docente y educativo (artículo 23), formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales (artículo 24), formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 25), formación en el ámbito de la abogacía (artículo 27), formación en el ámbito forense (artículo 28), formación en el ámbito penitenciario (artículo 29), formación del personal exterior (artículo 30), medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos universitarios (artículo 31).

Respecto del artículo 26 (formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia), cabe señalar que la previsión en él contenida ya se encuentra vigente. El temario de acceso incluye temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género y a la protección integral contra todas las violencias sexuales y tanto en formación inicial como continua se incluyen temas dedicados a la perspectiva de género.

Por ello, el Consejo Fiscal considera innecesaria dicha previsión, si bien, para el supuesto de que se mantenga el precepto y para una mejor y más precisa redacción del mismo, se considera procedente eliminar la expresión "*en su caso*" en ambos apartados tras la referencia a la Fiscalía General del Estado.

Asimismo, se considera necesario remarcar la ausencia de un artículo específico dirigido al temario de acceso y a la formación del personal al servicio de la Administración de Justicia, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones se trata de las primeras personas con las que la víctima tendrá contacto al llegar a un órgano judicial o a una Fiscalía.

Por lo que respecta al artículo 29, dedicado a la formación en el ámbito penitenciario, cabe señalar la ausencia de una mención expresa a la necesaria formación del personal de los centros de internamientos de extranjeros.



Se propone la creación de un nuevo artículo 30, referido a la formación del personal de los centros de internamientos de extranjeros, toda vez que no puede entenderse incluidos en el artículo 29 al no ser el centro de internamiento de extranjeros un centro penitenciario.

7. TÍTULO IV. DERECHO A LA ASISTENCIA INTEGRAL ESPECIALIZADA Y ACCESIBLE

CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho

El Capítulo I comprende los artículos 32 a 36.

El Capítulo contiene un catálogo de los derechos que asisten a las víctimas de violencias sexuales. En su gran mayoría son redundantes de lo ya establecido en el Estatuto de la Víctima del Delito, claro ejemplo de ello se observa en el artículo 33 (derecho a la información).

El último párrafo del artículo 33.1 genera confusión en tanto en cuanto se desconoce si al indicar que *“las Administraciones Públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados, tanto de carácter presencial, como telefónico, que lo hagan efectivo”*, se está haciendo referencia a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas o se trata de servicios distintos y, por tanto, duplicados.

Asimismo, existen declaraciones programáticas que dependerán de la efectiva previsión presupuestaria al respecto, a título ejemplificativo, el artículo 34.4 señala que *“se garantizará la disponibilidad de estos servicios a través de la previsión de un número suficiente de centros, con personal suficiente y cualificado, y de un reparto equitativo de los mismos que asegure la accesibilidad a las mujeres de las zonas rurales y alejadas de los núcleos urbanos de gran densidad”*.



La previsión contenida en el artículo 35 –“*las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas*”– resulta reiterativa con lo establecido en el artículo 3.3 del Anteproyecto: “*la presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa*”.

El artículo 36 regula los medios para acreditar la existencia de violencias sexuales en idénticos términos que el artículo 23 de la LO 1/2004. Al respecto, debe ponerse de manifiesto que se continúa haciendo referencia a los “*servicios especializados*” sin indicar qué debe entenderse por tales servicios especializados y sin incluir la posibilidad de acreditación a través de los informes que en su caso pudieran emitir las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Respecto de la acreditación de víctimas menores de edad, se admite la posible acreditación de las mismas “*por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial*”. Se considera que hubiera resultado más preciso exigir la emisión de algún tipo de informe, tanto por parte de la Fiscalía como del órgano judicial o la existencia de un informe médico forense al respecto y no la simple comunicación.

CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

El capítulo II comprende los artículos 37 a 41.

En términos generales nada se objeta al respecto, sin perjuicio de lo que se dirá en relación con los artículos 40 y 41.



El artículo 40 establece ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales que se encuentren en una precaria situación económica (carecer “de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”). En su apartado 4 se indica que “estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”.

El apartado transcrito puede plantear disfunciones en la práctica si no se aclara el inciso final (“compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”), puesto que el artículo 5.1 Ley 35/1995 es claro al indicar que “La percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia. No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, procederá el eventual abono de toda o parte de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial”.

Es decir, según la Ley 35/1995, las ayudas en ella contempladas resultarían, como regla general, incompatibles con la percepción de la indemnización por daños y perjuicios causados por el delito y establecida en sentencia, pero, conforme al texto del Anteproyecto, estas ayudas serían compatibles con las indemnizaciones por responsabilidad civil *ex delicto* fijadas en sentencia, al resultar todas ellas compatibles con las ayudas económicas establecidas en el artículo 40 del Anteproyecto.



El artículo 41 del Anteproyecto, referido al acceso a la vivienda, establece que *“las Administraciones Públicas promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales al parque público de vivienda y a los programas de ayuda de acceso a la vivienda, en los términos que se determinen reglamentariamente”*.

El precepto es similar al artículo 28 LO 1/2004, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que establece que *“las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable”*.

La citada previsión en el contexto de la violencia de género, atendiendo a sus características, resulta justificada y comprensible.

En el ámbito de las violencias sexuales, resultaría necesaria una mayor precisión, sin perjuicio de que reglamentariamente se determinen los términos concretos en que vaya a desarrollarse dicha previsión, puesto que se incluye a toda víctima de violencias sexuales con independencia del delito sufrido y sin vinculación alguna a la situación económica en la que se encuentre la víctima, circunstancia esta última sí tenida en cuenta para las ayudas contempladas en el artículo 40 del Anteproyecto.

8.- TÍTULO V. ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

El Título V comprende los artículos 42 a 45.

Nada se objeta a la actuación policial especializada recogida en el artículo 42, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto de la Víctima, al



ampliar las competencias de las unidades especializadas en violencia de género.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 42 plantea los problemas que se señalarán a continuación. La norma tiene la siguiente dicción: *“En ese mismo sentido, se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno. Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales”*.

Del tenor literal precitado parece deducirse que se pretende incluir las violencias sexuales en el Sistema Viogen, adaptando la herramienta.

El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema Viogen) fue creado en la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior en 2007, al amparo del artículo 32 LO 1/2004, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Al tratar la valoración del riesgo de violencia, el Ministerio del Interior afirma que *“la valoración del riesgo de violencia es un proceso de reunión de información sobre personas dirigido a la toma de decisiones en materia de seguridad en función del riesgo de que se vuelva a producir un acto violento (Kropp, Hart, Webster y Eaves, 1995). Es decir, es un proceso que debe contemplar como fin último la gestión y la prevención de la conducta violenta (Monahan y Skeem, 2014). No obstante, el proceso de reunión de información para un caso concreto no es común a cualquier tipo de violencia (Kropp, 2008). Así, se entiende que cada caso tiene sus propios factores de riesgo y de protección particulares, y, por tanto, se*



deben adecuar los procedimientos genéricos de predicción del riesgo de violencia al tipo concreto de violencia que se pretenda predecir (Andrés Pueyo y Redondo, 2007)".

El Sistema Viogen, por tanto, está diseñado para la predicción de riesgo de violencia de género. Se desconoce si la pretendida adaptación de la herramienta a la predicción de riesgo de violencias sexuales afectará a la efectividad del sistema o supondrá la necesaria creación de una nueva herramienta destinada a las violencias sexuales exclusivamente, extremo que no se indica en el precepto propuesto.

Siendo necesario el establecimiento y la actualización de los protocolos existentes en la materia entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los órganos judiciales y la Fiscalía, no resulta adecuado establecer de manera genérica y ambigua la obligación de los órganos judiciales de facilitar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *"toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno"*. Resulta preciso que se concrete el tipo de información a la que se alude, si resultaría bastante la comunicación de la resolución judicial adoptando medidas cautelares o si se hace mención a otro tipo de información.

La redacción del último inciso del apartado 2 de este artículo 42 resulta confusa si se atiende a la finalidad de garantizar la protección de datos personales al tiempo que se exige que la información facilitada esté *"relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada"*. Por tanto, para poder valorar la propuesta realizada en este aspecto resulta imprescindible que se concrete el tipo de información a la que se hace referencia.



Para mantener la coherencia tanto con la terminología como con el espíritu del Anteproyecto, el artículo 44.1 debería incluir a niñas y niños junto con la referencia a las mujeres o hablar de víctimas.

9. TÍTULO VI. ACCESO Y OBTENCIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

El Capítulo I comprende los artículos 46 y 47.

El artículo 46 amplía las competencias de las unidades de valoración forense integral a *“los casos de violencias sexuales contra las mujeres”*. Como se indicaba anteriormente, debería incluirse a las niñas y niños víctimas de violencias sexuales o sustituir la palabra por *“víctimas”* para mantener la coherencia con el resto del articulado.

Como ya se ha puesto de manifiesto, se valora positivamente el establecimiento y la actualización de los protocolos existentes en la materia.

Conviene recordar lo expuesto en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 al tratar las unidades de valoración forense integral:

“Pese a que el Pacto de Estado contra la VG asumió el compromiso de constituir las unidades en un plazo de dos años, lo cierto es que dicho objetivo no se ha cumplido. Aunque se han hecho importantes avances, en 2019 no existían en varias ciudades, entre ellas Tarragona o Lleida (donde se han implantado a principios de 2020) o en León (donde sus funciones son asumidas por la OAV).

Aun así, es pacífica la opinión de que carecen de personal suficiente para emitir sus informes en el razonable plazo que exige la instrucción procesal. En algunos casos se ha recurrido a la externalización del servicio, si bien la falta



de especialización del personal contratado y su fluctuación las ha convertido en instrumentos escasamente operativos. (...)

Ha costado un gran esfuerzo concienciar a los operadores jurídicos de la necesidad de disponer de informes de valoración forense integral, sobre todo en los supuestos de violencia habitual. Y aun reconociendo que desde las distintas administraciones competentes se están invirtiendo recursos en dotar a los juzgados de los instrumentos idóneos para ello, hay que insistir en su actual insuficiencia y en la necesidad de dotarlas de personal especializado”.

Por ello, la previsión contenida en el precepto implicará un necesario refuerzo tanto en el número de unidades existentes como en su personal, extremo que contradice lo expuesto en la Memoria de análisis de impacto normativo (págs. 38 y siguientes), al tratar el impacto presupuestario que supondrán este tipo de medidas.

Por lo que se refiere al inciso final del apartado 2 del precepto, deberá especificarse qué se entiende por daño social que deberá incluirse en el informe de valoración, puesto que en la actualidad el informe de valoración consta de un informe forense, psicológico y social.

En cuanto al apartado 1 del artículo 47, relativo a la disponibilidad del personal médico forense, debe reiterarse lo manifestado anteriormente sobre la necesaria previsión presupuestaria.

La referencia a los artículos 363 y 778.3 LECrim al comienzo del apartado 2 del artículo 47 resulta superflua. El apartado regula la recogida de muestras biológicas de la víctima fuera del procedimiento penal al no condicionarlo “a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal”, por lo que no resultarían de aplicación los artículos citados de la ley rituaría. Se debe garantizar la cadena de custodia de las muestras recogidas y su inclusión en el proceso, caso de que llegara a existir éste, puesto que podría afectar al desarrollo del mismo.



El apartado 3 del artículo 47 contiene una referencia a la especialización del personal de médicos forenses en consonancia con la formación especializada del artículo 28.

CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas

El Capítulo II comprende los artículos 48 a 50.

El artículo 48 resulta redundante e innecesario al reiterar las competencias que tienen asumidas las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y que están recogidas en el artículo 28 del Estatuto de la Víctima del delito, por lo que nada añaden a la protección de las víctimas de violencias sexuales.

En el apartado 2 del artículo 49 se valora positivamente la referencia a la Agencia Española de Protección de Datos para *“garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual”*, si bien debería incluir a las niñas y niños o sustituir la referencia de *“mujeres”* por víctimas.

Finalmente, se valora positivamente la previsión expresa de asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior a las víctimas españolas de violencias sexuales.

10. TÍTULO VII. DERECHO A LA REPARACIÓN

El Título VII comprende los artículos 51 a 56 y configura el derecho de reparación específico de las víctimas de violencias sexuales.

Se entiende merecedora de mayor precisión la redacción del artículo 51, al menos su primer párrafo: *“las víctimas de los delitos relativos a la violencia sexual tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación*



económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición”.

En primer lugar, la expresión “*víctimas de los delitos relativos a la violencia sexual*” puede plantear problemas de interpretación y de aplicación práctica. Al hablar de víctimas de los delitos, se desconoce si incluye a las víctimas que no hayan presentado denuncia y respecto de las que no existe un procedimiento penal.

En segundo lugar, la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia plantea confusión al parecer referirse a la indemnización de daños y perjuicios *ex delicto* y/o a la indemnización regulada en el artículo 52.

Este artículo 52 articula una indemnización de los daños y perjuicios padecidos, en la que comprende conceptos propios de la indemnización derivada de la responsabilidad civil *ex delicto*: “*el daño físico y psicológico, incluido el daño moral; la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; el daño a la dignidad y el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva*”. Adviértase que la referencia al daño a la dignidad debería entenderse incluida en el concepto de daño moral.

La dificultad para deslindar ambas indemnizaciones se incrementa a la luz del apartado 3 del precepto: “*la indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente. En cualquier caso, el Estado garantizará la concesión de las ayudas provisionales establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, a las víctimas de los delitos de violencia sexual, siempre que éstas lo soliciten*”. No se alcanza a comprender la razón por la que se establece que la persona civil o



penalmente responsable deba satisfacer la indemnización establecida en el artículo 52 si se trata de una indemnización distinta a la establecida en una sentencia en la que se fije la responsabilidad civil *ex delicto*. Asimismo, se deduce del apartado que las víctimas que no hubieran procedido a denunciar los hechos y, por tanto, que no tengan una sentencia que la contemple no tendrían derecho a la indemnización fijada en el artículo 52.

La referencia a las ayudas provisionales de la Ley 35/1995 no supone un incremento de la protección de estas víctimas a la vista de la modificación legislativa que el Anteproyecto plantea respecto del artículo 10 de la Ley 35/1995.

Se valora positivamente la mención expresa a las prestaciones de orfandad de los hijos e hijas de víctimas que hubieran fallecido.

El artículo 54 establece la obligación de las Administraciones Públicas para la completa recuperación de las víctimas y la garantía de no repetición. Se debería concretar en qué consiste *“la garantía de no repetición”*, puesto que de estas obligaciones se podría derivar una responsabilidad patrimonial de la Administración.

El apartado 2 del artículo 55 resulta perturbador con el sistema diseñado de ayudas económicas a las víctimas. El apartado indica que *“este fondo estará destinado a financiar las ayudas establecidas en el artículo 52.1, así como las medidas de inserción laboral y fomento de la autonomía económica, dirigidas prioritariamente a las víctimas de explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, en coordinación con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales”*. Establecer que el fondo estará destinado a financiar las ayudas establecidas en el artículo 52.1 resulta contradictorio con lo establecido en el propio artículo 52.3, según el cual *“la indemnización será satisfecha por la*



o las personas civil o penalmente responsables", por lo que debería aclararse este extremo.

Por lo que respecta al artículo 56, dedicado a la reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho, su apartado 1 establece que: *"en los supuestos en los que la víctima lo solicite, la reparación simbólica incluirá el reconocimiento de la violencia y declaraciones institucionales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas"*. En este punto, se debería aclarar a quién corresponde ese "reconocimiento de la violencia"; en qué consiste. Al mismo tiempo, se debe tener presente que, en caso de que corresponda a las Administraciones Públicas, las mismas deberán ser escrupulosas en su ejercicio y actuar con pleno respeto al derecho a la presunción de inocencia.

11. TÍTULO VIII. MEDIDAS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA LEY ORGÁNICA

El Título VIII comprende los artículos 57 a 62.

Nada se objeta respecto de este Título destinado a diseñar la estructura institucional (artículo 57), la colaboración para una intervención coordinada (artículo 58), la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales (artículo 59), la Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales (artículo 60), en cumplimiento de una de las previsiones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, la recogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas (artículo 61) y la evaluación de la aplicación de la ley (artículo 62).

12. DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA. DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Nada se objeta al respecto.



La previsión contenida en la Disposición Transitoria única (*"en los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley orgánica que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados y tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo II del Título VI"*) no supone disfunción alguna en los procesos en tramitación, puesto que las medidas aplicables se encuentran recogidas en el Estatuto de la Víctima del delito.

13. DISPOSICIONES FINALES

13.1. DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. **Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.**

La Disposición final primera propone la modificación de los artículos 112, 681.3 y 709 LECrim.

Con carácter previo al análisis de los preceptos cuya modificación se propone en el Anteproyecto, convendría realizar una serie de consideraciones.

En la actualidad existen varios proyectos en distintos trámites de elaboración que pretenden modificar el estatuto de algunas víctimas en el proceso, siendo de especial importancia el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, remitido a las Cortes Generales el 19 de junio de 2020 y que ya fue objeto de informe por el Consejo Fiscal el 25 de marzo de 2019.

El denominador común de ambos proyectos legislativos radica en el establecimiento de distinto régimen jurídico atendiendo al tipo de víctimas, todas ellas víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad.



Resulta necesario, por tanto, armonizar ambos proyectos para evitar solapamientos, disfunciones y hasta contradicciones entre ambas normas.

El Consejo Fiscal propone, en este punto, aprovechar el trámite parlamentario en el que se encuentra el Proyecto de LOPIVI e incluir entre las modificaciones de la LECrim que en él se proponen, su extensión a todas las víctimas en situación de especial vulnerabilidad. Al mismo tiempo, el Consejo Fiscal propone que se incluyan en el Proyecto de LOPIVI o en el presente Anteproyecto las modificaciones de la LECrim informadas favorablemente por el Consejo Fiscal en su informe sobre el Anteproyecto de LORIVI y que decayeron en el Proyecto remitido a las Cortes Generales.

El Consejo Fiscal considera que se deben considerar víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad, en todo caso, las víctimas menores de edad, las que tengan alguna discapacidad, las de violencia de género, las de violencias sexuales y las víctimas de trata de seres humanos.

En el Anteproyecto de LOPIVI, informado favorablemente por el Consejo Fiscal, se pretendía añadir un párrafo segundo al artículo 13 LECrim, cuyo tenor literal era el siguiente: *"En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero"*.

Se desconocen las razones por las que en el Proyecto de LOPIVI remitido a las Cortes no figura la modificación del artículo 13 LECrim. El Consejo Fiscal reitera la valoración favorable al mismo y considera que su inclusión estaría en consonancia con lo expuesto en el artículo 3 del Anteproyecto objeto del



presente informe (*“se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital”*).

El Anteproyecto de LOPIVI pretendía la modificación del artículo 416.1 LECrim, desconociéndose las razones por las que no figura en el Proyecto de LOPIVI remitido al Congreso de los Diputados, incluyendo los siguientes párrafos: *“Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesita de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si ésta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.*

Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar”.

El Consejo Fiscal informó favorablemente la modificación del artículo 416 LECrim proyectada en su informe de 25 de marzo de 2019, así como otra modificación en términos similares del precepto en su informe al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapaces de fecha 7 de octubre de 2018.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 recuerda:



“Año tras año las memorias de las distintas fiscalías, y muy especialmente la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer, han venido señalándolos graves espacios de impunidad que en materia de violencia de género provoca la dispensa de deber de declarar recogida en el artículo 416 LECrim, erigiéndose en uno de los motivos más habituales de sobreseimiento y absolución.(...) La dispensa no solo es un elemento perturbador del carácter público de los delitos relativos a la violencia de género, impidiendo que el proceso penal alcance sus efectos tanto punitivos como tuitivos, sino que constituye un elemento de presión sobre víctimas que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad”.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género recoge la medida 142 del texto consolidado de *“evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas”.*

Esta argumentación resulta perfectamente extensible a los supuestos de víctimas de violencias sexuales en quienes concurren las relaciones de parentesco expresadas en el artículo 416 LECrim.

En el Anteproyecto de LOPIVI se preveía la modificación del artículo 448.bis LECrim cuyo contenido se traslada al artículo 449.ter en el proyecto de LOPIVI. Aquella modificación planteaba como necesaria la prueba preconstituida de menores de catorce años y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El Consejo Fiscal se mostró favorable a dicha modificación, proponiéndose, en el presente informe, su extensión a todas las víctimas que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad en los términos apuntados anteriormente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito y del propio artículo 2.7 del Anteproyecto objeto de este informe.



Siguiendo con esta argumentación, que pretende que las víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad acudan una sola vez a prestar declaración en sede judicial, el Consejo Fiscal considera que la preconstitución de la prueba y su reproducción en el acto de juicio oral debe ser la regla general y no una excepción, lo que implica la modificación de los artículos 703.bis, 707, 730, 777.3 y 788 LECrim en los términos del Anteproyecto de LOPIVI y que –como ya se ha manifestado– el Consejo Fiscal valoró positivamente. Por tanto, se trata de extender dicha protección en el ámbito procesal a las víctimas de violencias sexuales y a todas aquellas que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad.

Igualmente, podría aprovecharse la modificación de la LECrim planteada para incluir la reforma que ya fue propuesta por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapaces de fecha 17 de octubre de 2018, en relación al artículo 544.quinquies.3 LECrim. El 17 de octubre de 2018 el Consejo Fiscal puso de manifiesto que “supone una disfunción en el procedimiento penal en cuanto permite la subsistencia de medidas civiles una vez concluido el procedimiento penal. Esta regulación fue criticada por el CGPJ en su informe de la Ley 4/2015, en particular, en cuanto a la extensión de las medias cautelares adoptadas por el Juez de Instrucción: si bien estas medidas cautelares personales se valoran como adecuadas para una mejor protección del menor o del discapacitado, la previsión de su mantenimiento una vez concluido el procedimiento, en atención al interés del menor o de la persona con discapacidad debería ser precisa, delimitando su duración al tiempo imprescindible para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación a fin de que inste en la jurisdicción civil las medidas de protección que estime adecuadas”.

Se procede a analizar las modificaciones propuestas siguiendo el orden expositivo de los artículos:



Artículo 112 LECrim

El Consejo Fiscal propone la inclusión de un párrafo segundo a la redacción vigente. El párrafo añadido supondría la regulación de la revocación de la renuncia al ejercicio de la acción civil por parte de la víctima, *“si los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito”*. La revocación de la renuncia al ejercicio de la acción civil requerirá *“resolución judicial, a solicitud de la víctima y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito”*.

Esta previsión resultaría de aplicación a las víctimas de cualquier delito, no solo a las víctimas de violencias sexuales.

Se observan imprecisiones terminológicas en la redacción propuesta, como la referencia a los *“efectos del delito”*, entendiéndose que la referencia resultaría a las secuelas del mismo. Asimismo, la expresión *“si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito”*, resulta genérica, confusa y ambigua, lo que se traducirá en la práctica en problemas interpretativos y de aplicación de la norma, máxime si se tiene en cuenta que la expresión contiene una hipótesis, no una certeza en cuanto a los motivos que determinaron la renuncia. Asimismo, la referencia a *“la persona autora del delito”* supone una restricción de los posibles responsables del mismo por otros títulos de imputación, desconociéndose las razones para dicha restricción.

Por otro lado, el precepto propuesto no indica el tipo de resolución judicial que se precisará para ello.



En cuanto al contenido en sí de la reforma propuesta, convendría realizar una serie de matizaciones que permiten concluir la innecesariedad de la misma.

La acción civil derivada del delito es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Sustancialmente, porque –como es sabido– no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado, bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

Así pues, la renuncia de la víctima extingue la acción civil derivada del delito, como recoge, entre otras, la STS 707/2003, de 12 de mayo. La jurisprudencia exige que la renuncia sea personal, clara, terminante, expresa, inequívoca e incondicionada.

Volviendo a la redacción propuesta, respecto de la revocabilidad de la renuncia realizada *“si los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia”*, este extremo se encuentra resuelto por la propia lógica en la configuración del concepto de renuncia, como ha entendido la jurisprudencia. Así, cabría traer a colación, la STS 1237/2007, Sala 1ª, de 23 de noviembre que en su FJ 2º, al tratar la cuestión de la revocabilidad de la renuncia de la acción civil realizada por el perjudicado al haber recibido satisfacción extraprosesal de su reclamación por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico y tiempo después reclamar por las secuelas ocasionadas y que aparecieron al cabo del tiempo, señala: *“La renuncia se llevó a cabo por el perjudicado; no es una transacción, como contrato por el que las partes solucionan una controversia jurídica mediante recíprocas concesiones (artículo 1809 Código Civil) sino una renuncia, como negocio jurídico unilateral (pese a que el renunciante reciba algo a cambio) por el que el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo. Aquel perjudicado pudo renunciar a su derecho a percibir indemnización por los daños que había*



sufrido, pero no pudo hacerlo por los daños que todavía no habían aparecido. No había entrado en su disponibilidad lo que todavía no existía, el daño no aparecido. La renuncia, como dejación del derecho subjetivo, no alcanzó ni podía alcanzar, el derecho subjetivo a percibir indemnización por los daños futuros, que no se podían conocer. (...). No hay error en la renuncia: renunció a lo que tenía derecho (derecho subjetivo) que eran los daños presentes, ni faltó consentimiento alguno".

Por lo que respecta al segundo de los supuestos planteados, esto es, la revocabilidad de la renuncia realizada con la confusa expresión "*si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito*", cabría señalar que de la misma no se desprende ninguna referencia al posible error, violencia, intimidación o dolo a la hora de prestar el consentimiento a la renuncia, lo que determinaría la nulidad del consentimiento así prestado (artículo 1265 Código Civil). Al tiempo que el artículo 1267 *in fine* Código Civil establece que "*el temor por desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato*".

No se encuentra en la Exposición de Motivos justificación alguna a la propuesta de modificación realizada; su inclusión puede perturbar el sistema establecido para todo tipo de víctimas, es decir, si la norma va a contener una mención expresa del tipo apuntado, en la práctica puede incitar a una interpretación restrictiva que excluya a otro tipo de víctimas.

Por último, señalar que la renuncia al ejercicio de la acción civil derivada del delito se realizará después del correspondiente ofrecimiento de acciones en los términos de los artículos 109 y siguientes LECrim y de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, de 27 de abril.



Artículo 681.3 LECrim

El artículo 681 LECrim vigente se encuentra redactado conforme a la modificación operada por el apartado 17 de la Disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

La modificación que se propone en el Anteproyecto consiste en la inclusión en el apartado tercero del artículo la referencia a las *“víctimas de los delitos contra la libertad sexual”*.

Antes de comenzar a analizar el precepto convendría señalar la limitación del círculo de potenciales víctimas a las que se dirige la modificación planteada al referirse únicamente a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, es decir, víctimas de alguno de los delitos regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal y no a las víctimas de violencias sexuales en el sentido utilizado y definido en el Anteproyecto. En la Exposición de Motivos no se justifica ni la inclusión de estas víctimas ni dicha limitación a las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

El vigente artículo 681 LECrim regula en su apartado primero la posibilidad de celebración a puerta cerrada de todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio oral, *“cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”*.

En su apartado segundo, el vigente artículo 681 LECrim establece la posibilidad de adoptar medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares (prohibición de la divulgación o publicación de información



relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección; prohibición de la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares). La adopción de ambas medidas resulta obligatoria en el caso de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La posibilidad de celebrar todas o algunas de las sesiones del juicio oral a puerta cerrada en los términos del artículo 681.1 LECrim, entronca con el derecho a un proceso público (artículo 24.2 Constitución Española, así como el artículo 120.1 CE y artículo 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (artículo 20 CE).

El Tribunal Constitucional en su STC 30/1982 ya afirmó el carácter fundamental y esencial de la relación existente entre estos derechos indicando que *"el principio de publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (artículo 120.1 CE) implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información de su misma fuente, y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc, están en imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad puedan afectar a todos y por ello alcanza una especial resonancia en el cuerpo social"*.

Esta publicidad del juicio oral despliega su eficacia tanto respecto al acusado (garantiza el derecho a un proceso público), como respecto a la propia



sociedad (como control en el ejercicio de la jurisdicción). Las consecuencias de tal afirmación exceden el objeto del presente informe.

Con todo, la publicidad del juicio oral no resulta absoluta, admitiéndose la posibilidad de limitarla como señala el artículo 232 LOPJ y el artículo 6 Reglamento 1/2005, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*.

Se ha querido hacer referencia a lo establecido en el artículo 681.1 LECrim para indicar la diferencia entre lo allí regulado (posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada) y la regulación de los apartados segundo y tercero del precepto cuyo fundamento se encuentra en la protección de la intimidad de las víctimas y sus familiares, no circunscribiéndose al juicio oral. Lo establecido en los apartados segundo y tercero del artículo 681 LECrim se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*: *“Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”*.

Asimismo, una previsión similar se encuentra en el articulado del texto del Anteproyecto, concretamente en su artículo 49, si bien en este precepto se hace referencia a las víctimas de violencias sexuales y no solo a las víctimas de delitos contra la libertad sexual como sucede en la propuesta de modificación del artículo 681.3 LECrim.



Artículo 709 LECrim

El vigente artículo 709 LECrim fue modificado en virtud de lo establecido en la Disposición final primera, apartado 20 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, y resulta de aplicación a toda clase de víctimas.

La modificación planteada en el Anteproyecto no aprovecha para utilizar lenguaje inclusivo en la redacción del precepto.

La reforma supone la inclusión de un nuevo párrafo en el que se indique que *“en todo caso, en los delitos contra la libertad sexual, se entenderán incluidas en las categorías anteriores [preguntas capciosas, sugestivas, impertinentes] las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias”*.

Nuevamente se limita la categoría de víctimas a las víctimas de delitos contra la libertad sexual y no a todas las víctimas de violencias sexuales, sin explicación alguna en la Exposición de Motivos de dicha configuración.

La modificación propuesta pretende, por tanto, que a las víctimas de delitos contra la libertad sexual no se les puedan realizar preguntas relativas a sus antecedentes sexuales ni a su comportamiento y excepcionalmente se podrían realizar tales preguntas cuando el Presidente del Tribunal considere que las mismas son pertinentes y necesarias.

Tal y como ya manifestaba la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2009, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, “el derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (artículo 24.2 CE)



encuentra en los derechos de defensa y contradicción una de sus principales manifestaciones. El artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 enumera los derechos que, como mínimo, tiene todo acusado, y entre ellos en la letra d), el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra". Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas incriminatorias, junto a posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su derecho convenga".

Dicho lo cual, ese derecho "a interrogar o a hacer interrogar a los testigos" no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a limitaciones; en el artículo analizado se proscriben las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, que afectan a la finalidad misma de la prueba practicada.

En este sentido, la jurisprudencia así lo ha manifestado. A título de ejemplo convendría citar la STS 285/2011, de 20 de abril, que afirma al analizar la denegación de una pregunta a la víctima de un delito contra la libertad sexual, que: *"Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo que la práctica de la prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente, así como lo que sea inútil o pernicioso."*



El Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba.

La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala.

Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales de la víctima y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo e derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al artículo 10 CE”.

El párrafo segundo del vigente artículo 709 LECrim, introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, dice que: “El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas”.

Dentro del concepto de “vida privada” se incluirían las preguntas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima, pero resultaría potestativo la adopción de medidas para evitar su formulación. Con la actual regulación, aquellas preguntas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima se consideran, como regla general, capciosas, sugestivas, impertinentes e innecesarias y no se podrán formular y, de formularse, el Presidente del Tribunal no permitirá que



se contesten, correspondiéndole al Juez o al Presidente del Tribunal el ejercicio de estas funciones de control; ahora bien, de ser preguntas pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos deberán poder ser formuladas y contestadas, admitiéndose como excepción y, por lo tanto, precisando la necesaria motivación y razonamiento por parte del juez. En este sentido, se valora positivamente la regulación propuesta.

Por lo que respecta a las preguntas relativas al "comportamiento de la víctima", al margen de que dicha redacción resulta genérica y confusa, no puede obviarse que tales preguntas pueden tener relevancia tanto para la acreditación de posibles secuelas que sufriera la víctima como para la acreditación de los hechos objeto del proceso a través de la prueba de elementos periféricos de corroboración, siempre y cuando concurren los elementos señalados anteriormente para que puedan ser formuladas y contestadas. Por estas razones se considera necesario aclarar en la redacción propuesta que debe tratarse de preguntas relativas al comportamiento de la víctima ajeno al hecho denunciado.

13.2. DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*.

El Anteproyecto analizado propone la modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el sentido de añadir un apartado 4 al artículo 66 e introducir un nuevo artículo 74.bis. No se explica en la Exposición de motivos las razones que llevan a dicha propuesta de modificación.

El proyectado apartado 4 del artículo 66 LOGP se refiere al tratamiento farmacológico coadyuvante del programa de tratamiento, cuya aceptación o rechazo no podrá conllevar consecuencias negativas o positivas para su situación penitenciaria y requerirá, previamente, un diagnóstico específico y el consentimiento informado y pleno del interno. Como se señalaba



anteriormente, va referido a cualquier tipo de interno y se deduce la necesaria intervención de personal médico en su diagnóstico y prescripción.

Por lo que respecta al nuevo artículo 74.bis LOGP, cabría señalar en su apartado 1 la inclusión de dos materias distintas en un mismo párrafo, lo que se traduce en confusión y oscuridad del mismo, que a su vez conllevará problemas interpretativos y de aplicación. Así, en el primer apartado se menciona, por remisión al artículo 74 LOGP, el organismo encargado de la asistencia y seguimiento a los internos y a los liberados condicionales o definitivos en la aplicación de los tratamientos farmacológicos del artículo 66.4 LOGP. El artículo 74 LOGP establece como organismo encargado "*el Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias*".

Continuando con el artículo 74.bis.1 propuesto, se hace mención a la posibilidad de realizar terapias en las que participe la víctima y el interno, sin especificar tipo delictivo de que se trate y sin encontrar explicación a su inclusión en el párrafo, a continuación del establecimiento del organismo encargado de la asistencia y seguimiento en la aplicación de los tratamientos farmacológicos del artículo 66.4.

En cuanto al apartado 2 del artículo 74.bis, en él se establece que "*en los casos en los que subsista un riesgo elevado de reincidencia, pero a la vez, dadas las circunstancias del penado, se considere necesario el disfrute de un permiso de salida de la prisión que favorecerá el proceso de reinserción social, previo consentimiento del penado, podrá administrársele un tratamiento farmacológico que le inhiba sexualmente con carácter transitorio*". La redacción del precepto plantea más sombras que luces. En principio, parece referirse a cualquier tipo de interno, si bien atendiendo al tipo de tratamiento farmacológico parece referirse a internos por delitos contra la libertad sexual.



Sorprende que no se haga mención a la necesidad de un diagnóstico previo o a su inserción en un programa de tratamiento, como sí menciona el artículo 66.4.

Asimismo, no se indica la consecuencia de la negativa del penado a dicho tratamiento respecto del permiso de salida, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.4 propuesto, parece que no podrán derivarse consecuencias negativas o positivas del sometimiento o no a dicho tratamiento.

13.3. DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Se pretende la modificación del artículo 31.1.m) de la LO 8/1985 para incluir entre los representados en el Consejo Escolar del Estado a personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia sexual, junto con personalidades de reconocido prestigio en la lucha por la erradicación de la violencia de género.

Nada se tiene que objetar al respecto. El Consejo Escolar del Estado, órgano consultivo, aparece definido en el artículo 30 LO 8/1085 como "*el órgano de ámbito nacional para la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento respecto de los proyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno*".

13.4. DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Se propone la modificación del artículo 3.a) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.



Nada se tiene que objetar. La modificación propuesta consiste, básicamente, en la inclusión de una referencia a la Ley Orgánica proyectada; si bien, debe ponerse de manifiesto que el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia y Adolescencia, también plantea la modificación del artículo 3 para incluir la referencia a dicha ley.

13.5. DISPOSICIÓN FINAL QUINTA. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Disposición Final quinta está integrada por veinticuatro apartados que modifican otros tantos artículos del Código Penal, siendo la modificación más profunda la correspondiente al Título VIII del Libro II como se verá a continuación.

Siguiendo la numeración de la propia Disposición Final quinta se analiza el alcance de la reforma proyectada.

1. Añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 83:

“Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4”.

Las prohibiciones y deberes a que se hace referencia en el párrafo transcrito y que son de imposición obligatoria en los casos de violencia de género como condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta son:

- i) Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus



lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio.

- ii) Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- iii) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

En el vigente artículo 83 Código Penal (en adelante, CP) existe la facultad potestativa de imposición de las condiciones señaladas y de las restantes condiciones recogidas en el apartado primero del precepto a cualquier delito.

La modificación proyectada pretende la imposición obligatoria en los casos de los delitos mencionados en el párrafo propuesto.

En cuanto a la relación de delitos que aparecen en el párrafo, se entiende que la referencia a los delitos contra la libertad se trata de un error involuntario al pretender referirse a los delitos contra la libertad sexual, puesto que lo contrario carecería de sentido al dejar al margen de dicha imposición los delitos contra la libertad sexual.

Por lo que respecta a la mutilación genital femenina, cabría señalar que el artículo 149.2 CP trata de forma genérica la mutilación genital. Sorprende que la reforma no haya tratado la modificación de este artículo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 38 del Convenio de Estambul. La regulación genérica de la mutilación genital diluye la gravedad y la trascendencia de la mutilación genital femenina. La conducta consistente en la mutilación genital masculina tendría protección penal en el apartado primero del artículo 149.1 CP, sancionado con la misma pena.



Incluir todos los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP resulta extraordinariamente genérico y ambiguo, sin aportar mayor protección a la víctima de violencias sexuales; al hacer referencia a cualquier delito con independencia de que nos encontremos ante violencias sexuales, siguiendo la terminología del Anteproyecto, lo que hace quebrar los principios de taxatividad penal y seguridad jurídica. Al tiempo que supone derivar de la concurrencia de esta agravante la imposición de condiciones para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, previsión ajena al sistema de suspensión de la ejecución de la pena existente, en el que únicamente la concurrencia o no de la agravante de reincidencia se configura como requisito para la suspensión. Es por ello, por lo que se interesa la supresión de la mención de la concurrencia de los motivos del artículo 22.4 CP en la comisión del delito.

En cuanto a los delitos contra la libertad sexual, el vigente artículo 192 CP dispone que *“a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”*.

La libertad vigilada aparece configurada como una medida de seguridad no privativa de libertad, según el artículo 96.3.3º CP, lo que implica que su transgresión puede dar lugar a un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP (artículo 106.4 CP).



Por el contrario, el quebrantamiento de alguna de las condiciones impuestas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no supone la comisión del delito de quebrantamiento del artículo 468 CP, sino que determinarán la revocación de la suspensión en los términos del artículo 86 CP.

Finalmente, señalar que el artículo 57 CP establece la posibilidad de imponer, en los supuestos de los delitos enumerados en la propuesta, una o varias de las prohibiciones del artículo 48 CP como pena, estableciéndose en su apartado segundo la obligación de tal imposición si la víctima es una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP.

Así las cosas, con la actual regulación, la imposición de las prohibiciones o deberes citados podría realizarse:

- i) En aplicación del artículo 57 CP. Se trata de una pena facultativa, excepto para los supuestos del artículo 173.2 CP, con una duración de 1 a 10 años, de 1 a 5 años o de un máximo de 6 meses, según se trate de un delito grave, menos grave o leve, respectivamente. Su quebrantamiento puede implicar la comisión de un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP. En la práctica, el principal problema radica en que la duración de la pena quedaría agotada por el abono de la posible medida cautelar impuesta durante la tramitación de la causa.
- ii) A través de la imposición de la medida de libertad vigilada, una vez ejecutada la pena privativa de libertad. Su quebrantamiento puede implicar la comisión de un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP.
- iii) En aplicación del artículo 83 CP. Se trata de una condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad potestativa, salvo para casos de violencia de género. Su duración estaría vinculada al período de suspensión, máximo cinco años (artículo 81 CP). Se podría solapar en el



tiempo con la pena del artículo 57 CP. Su quebrantamiento puede implicar la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, no un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP.

Por ello, el Consejo Fiscal valora positivamente la reforma proyectada, con las consideraciones realizadas, para mantener durante el período de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la prohibición de aproximación y de comunicación, la prohibición de residencia y la obligación de realizar programas formativos.

2. Añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 84

“La anterior limitación se aplicará asimismo cuando se trate de los delitos de delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2”.

Se detecta una errata en el texto propuesto al repetir *“de los delitos”*.

La limitación a la que se refiere el párrafo proyectado es la imposición, como condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, de la medida de multa regulada en el artículo 84.1.2º CP en aquellos casos en los que se trate de una de las personas del artículo 173.2 CP y *“conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*.

La mención en el párrafo propuesto al *“segundo párrafo del artículo 83.2”* resulta confusa al existir un tipo penal concreto que regula el matrimonio forzado en el artículo 172.bis CP.

La reforma planteada resulta innecesaria puesto que la *“relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*



determinará que el delito cometido se encuadre entre los de violencia de género.

3. Añade un apartado 4 al artículo 172.bis CP

“En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos, en su caso”.

Se valora positivamente la reforma propuesta, consecuencia directa de lo establecido en el artículo 32 del Convenio de Estambul.

4. Modifica el primer y último párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter

La modificación del primer párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter CP consiste en la eliminación de la exigencia de que la alteración del desarrollo de su vida cotidiana deba ser grave.

Se valora positivamente esta eliminación ante los problemas generados en su aplicación práctica, tratándose de un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, la Memoria de La Fiscalía General del Estado de 2020 así lo indica:

“La concurrencia de este requisito va a depender, en buena medida, de la propia capacidad de resiliencia de la víctima ante las presiones de que es objeto, pues no todas las personas reaccionan de igual forma ante este tipo de agresiones, pero también de lo que, en cada caso, haya de entenderse por una efectiva y grave alteración en la actividad habitual del ofendido. (...)

En definitiva, esta exigencia implica que para que la víctima pueda obtener protección judicial haya de esperar a que el maltratador haya conseguido su objetivo, que no es otro que condicionar su vida, ser o seguir siendo el dueño



de sus actos. Aunque nuestros tribunales reconocen que estamos ante un delito de resultado, es difícil encontrar una sentencia que admita las formas imperfectas de ejecución, por lo que con frecuencia el comportamiento queda impune o se condena por un delito de coacciones leves continuadas. Quizás la solución se encuentre, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en poner más el acento en el bien jurídico de la seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor, que en atender exclusivamente al resultado”.

Como se ha apuntado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, la reforma podría ser aprovechada para resolver los problemas que en la práctica se producen para incardinar en este artículo algunos comportamientos que son manifestaciones de violencias sexuales. A saber, los supuestos en los que el agresor, suplantando la identidad de la víctima y a veces utilizando también su imagen, coloca un anuncio en una página de contactos sexuales en el que simula que aquella se ofrece a mantener relaciones de esa naturaleza, provocando de este modo llamadas constantes a la persona suplantada –en ocasiones altamente ofensivas o humillantes– por parte de terceros que actúan en respuesta al anuncio publicado. En estos casos el agresor no necesita realizar una pluralidad de actos reiterados y constantes contra la víctima, sino que con una única conducta da lugar a que aquella sea molestada en una pluralidad de ocasiones por requerimientos o intentos de contacto por parte de terceros, de modo tal que llega a producirse la alteración en su vida cotidiana que exige el tipo penal.

Finalmente, nada se objeta en cuanto a la modificación del último párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter CP, consistente en conferir nueva redacción a la regulación vigente, manteniendo las penas establecidas y sustituyendo la expresión “situación” por “cualquier otra circunstancia”.



5. Modifica los apartados 1 y 4 del artículo 173, añadiendo un nuevo primer párrafo al apartado 1 que desplaza a los siguientes, y añadiendo dos nuevos tercer y cuarto párrafos al apartado 4

El primer problema que plantea la reforma propuesta, relativa al apartado 1 del artículo 173 CP, radica en la propia ubicación del párrafo en el precepto. Se indica que se trata de añadir un nuevo primer párrafo al apartado 1, si bien de una lectura del precepto vigente se observa la dificultad de su ubicación. Si es un nuevo primer párrafo, el artículo debería comenzar por ese primer párrafo, lo que carecería de sentido, atendiendo a la redacción dada: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores...”*.

Si se atiende a la redacción ofrecida, debería ubicarse en tercer lugar y comprender las conductas de trato degradante (párrafo primero) y de acoso laboral (párrafo segundo), dejando como cuarto párrafo el acoso inmobiliario.

Se desconoce la justificación de este precepto al no hacerse mención alguna en la Exposición de Motivos, por lo que difícilmente puede hacerse un análisis ponderado de la reforma propuesta. Si lo que se pretende con esta modificación es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extienda a todos los supuestos recogidos en el artículo 173.1 CP o solo a algunos, el párrafo proyectado debe ser ubicado correctamente en el tipo penal, puesto que de las distintas posibilidades de ubicación que se pueden deducir del texto propuesto, ninguna de ellas contempla la posibilidad de su ubicación al final del apartado lo que permitiría la inclusión de los tipos de acoso inmobiliario.

En cuanto al apartado 4, se pretende la inclusión de dos nuevos párrafos (tercero y cuarto): *“Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual*



que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.

Los delitos del párrafo anterior sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal”.

La modificación propuesta es consecuencia directa de lo establecido en el artículo 40 del Convenio de Estambul: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales”.* En este sentido, la reforma se valora positivamente.

La inclusión de estas conductas en el apartado 4 del artículo 173 CP, asignándoles la misma pena, supone atribuir el mismo reproche penal, el mismo desvalor de la acción, a estas conductas y a las dirigidas a alguna de las personas del artículo 173.2 CP. Esto supone una quiebra del sistema establecido en el Código Penal al sancionar determinadas conductas que ven incrementado el reproche penal al dirigirse contra alguna de las personas del artículo 173.2 CP.

Asignar tales penas podría suponer, igualmente, la quiebra del principio de proporcionalidad, si se atiende a la sanción asignada a conductas tales como el delito leve de lesiones del artículo 147.2 CP, por ejemplo.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa asignar menor penalidad al tipo penal que se pretende introducir.



Asimismo, por respeto al principio de taxatividad penal, la referencia a "*otros delitos de mayor gravedad*", debería figurar en singular y no en plural.

La exigencia de denuncia para perseguir las conductas que se pretenden introducir no afectaría a la exigencia de denuncia respecto de las ya existentes en el apartado 4 al mantener el párrafo segundo con idéntica redacción. Si bien, el mantenimiento de ambos párrafos resultaría redundante.

6. Modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II

Se propone como nueva rúbrica del Título VIII del Libro II CP "*Delitos contra la libertad sexual*".

La libertad sexual se configura como una manifestación del derecho a la libertad del artículo 17 Constitución española, libertad que se predica de toda persona. La jurisprudencia ha venido señalando que la libertad sexual, como bien jurídico protegido, se nutre de dos aspectos tradicionalmente señalados por la jurisprudencia. Por un lado, una vertiente positiva que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena. Por otro, una vertiente negativa concretada en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual, y especialmente, por repeler agresiones sexuales de terceros (STS de 2 de mayo de 2006).

El derecho a la libertad sexual protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal "*resulta vulnerado, aunque la víctima, por su desarrollo físico y mental, no esté en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, ya que el ámbito de protección se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual*" (STS de 22 de mayo de 1998). Por lo tanto, los menores e incapaces se consideran sujetos pasivos de este delito.



En cuanto a la indemnidad sexual, el Tribunal Supremo (STS 311/2020, de 15 de junio, citando la STS 398/2015, de 17 junio) la define como *“el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual respecto del cual no está en condiciones de consentir y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad”*.

Aunque algunos sectores doctrinales consideran que libertad sexual e indemnidad sexual son bienes jurídicos autónomos y diferenciados, lo cierto es que en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual que no quiere.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la sexualidad y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual y, como tal bien jurídico, constituye el denominador común que abarca todas las conductas recogidas en el Título VIII del Libro II CP, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, por ejemplo, se deba valorar su derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad sexual. El concepto “libertad sexual” comprende, por tanto, el concepto de indemnidad sexual y quedaría conceptualizado, en sintonía con el Anteproyecto, como un derecho humano y un bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual presente o potencial.

El Tribunal Supremo, en STS 331/2019, de 27 de junio, en la que cita la STS 708/2012, de 25 de septiembre, sostiene –al tratar los delitos de abuso sexuales a menores de edad– que *“En los tipos de abuso sexual el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda*



considerarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual. Sobre ese fundamento común se articulan los distintos supuestos de la acción típica que encierran la común desvaloración de una relación sexual obtenida sin el apoyo de un acto verdaderamente libre por quien solo aparentemente consiente sin ejercer verdaderamente con ello su libertad”.

La rúbrica propuesta, tomando en consideración la modificación proyectada del Título VIII, resulta más acorde con el nuevo paradigma del que se tratará más adelante, el consentimiento como eje central sobre el que pivotan todas las conductas típicas.

7. Modifica el artículo 178

La modificación propuesta no solo en este artículo, sino en cuanto a los delitos contra la libertad sexual, constituye una consecuencia directa de las obligaciones derivadas del artículo 36 del Convenio de Estambul.

Esta modificación deberá tener su reflejo en la letra k del artículo 23.1 LOPJ, en el artículo 188.5 del Código penal, así como en cualquier otra referencia legislativa a esta rúbrica.

Ya en 2003 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso *MC. contra Bulgaria*) afirmaba que *“En la mayoría de los países europeos influenciados por la tradición continental, la definición de violación contiene referencia al uso de la violencia o amenaza por el perpetrador, el tribunal entiende que es importante destacar que, en la jurisprudencia y la teoría legal, es la falta del consentimiento, no la fuerza la que es considerada el elemento que constituye el delito de violación”.*



En el apartado 1 del proyectado artículo 178 CP se castiga *“con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*.

La pena establecida no altera ni la competencia del órgano encargado de enjuiciamiento, ni el procedimiento a seguir, ni los plazos de prescripción del delito. Desaparece, por tanto, la mención a la violencia o intimidación ejercida y la consiguiente distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales, siendo el consentimiento lo que determina la aparición del tipo penal. Para una mayor claridad del texto y para mantener su espíritu sería conveniente que el artículo 178 contuviese una afirmación simple, suprimiendo la doble negación, de modo y manera que: “Solo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

De los dos modelos de consentimiento existentes en Derecho comparado –el de la negativa expresa y el del consentimiento– la reforma proyectada opta por el segundo.

El modelo de la negativa expresa presupone que la víctima de alguna manera haya expresado su voluntad contraria a la relación o al acto sexual, mientras que la del consentimiento expreso exige, para que la conducta sea lícita, que la víctima haya expresado, también de alguna manera, su voluntad de mantener ese contacto o relación.



Esta línea se ajusta plenamente a las exigencias previstas en el Convenio de Estambul, en concreto en su artículo 36.2.

Esta opción por el consentimiento expreso se encuentra en la línea de lo apuntado por el Tribunal Supremo recientemente; así la STS 145/2020, de 14 de mayo, en el FJ 2º, dice: *“la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”*.

La dificultad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, aparece a la hora de configurar en el texto legal qué debe entenderse por consentimiento expreso. La reforma opta por una definición en negativo lo que incrementa la dificultad de la misma.

Otra de las grandes innovaciones que supone la reforma es la unificación terminológica, si bien el distinto tratamiento penológico de las conductas reguladas en los artículos siguientes permite establecer una gradación de las mismas atendiendo al mayor o menor desvalor de la conducta.

La unificación terminológica en el concepto “agresiones sexuales” se valora positivamente en la medida que puede contribuir a evitar o reducir la victimización secundaria al eliminar la referencia a los abusos sexuales.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, ésta unificación terminológica contribuye, además de a evitar los riesgos de victimización secundaria, *“a reorientar el régimen de valoración de prueba”*. Ahora bien, en modo alguno esto se traduce en una inversión de la carga de la prueba o en una vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que seguirá



correspondiendo a la acusación acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicasen un consentimiento. Al mismo tiempo la valoración de la prueba seguirá rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 714 LECrim. Como ya se ha manifestado anteriormente, el Consejo Fiscal interesa la eliminación de dicha expresión en la Exposición de Motivos.

En el ámbito penológico, la reforma propuesta supone la eliminación de la posible pena de multa en los delitos regulados entre los artículos 178 a 182 CP, salvo en el artículo 180.3 CP, extremo que afecta a la regulación de los actuales delitos de abusos sexuales, que ven incrementada la pena asignada, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad, sin perjuicio de la atenuación de pena prevista en el apartado 3 que se analizará más adelante.

Por lo que respecta al proyectado apartado 2 su tenor literal es el siguiente:

“A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

A la vista del apartado 1, este apartado 2 podría parecer redundante al establecer todas las modalidades comisivas que se encontrarían incluidas en el apartado 1 ante la ausencia de consentimiento de la víctima, si bien se valora positivamente su inclusión al permitir la aclaración del apartado 1. Sin embargo, este apartado 2 podría resultar perturbador al constituir una muestra de la dificultad de relación entre alguna de estas figuras y el catálogo de agravantes que figuran en el artículo 180 propuesto y del que se tratará después, lo que supondría que el tipo básico terminara siendo un tipo residual respecto de las conductas agravadas, lo que quebraría el principio de proporcionalidad; salvo



que en aquellas se indicase que no podrán ser valoradas si ya lo fueron para la aplicación del tipo básico (principio *non bis in ídem*) o se estableciera algún tipo de gradación, como se observa al tratar la violencia en el artículo 178.2 y la concurrencia de violencia de extrema gravedad en el artículo 180.1.2 propuesto.

A título de ejemplo, piénsese en las relaciones entre tales conductas (abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, por ejemplo) y las circunstancias agravantes de los apartados 3º (vulnerabilidad de la víctima) y 5º (prevalimiento de relación de superioridad) del artículo 180.1 pretendido. En cuanto al prevalimiento de relación de superioridad, por continuar con el ejemplo, el Tribunal Supremo ha indicado –STS 537/2015, de 28 de septiembre, entre otras– que *“la expresión típica que configura el abuso: que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, no debe significar otra cosa que una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo”*. De ello se deduce los problemas de relación entre ambos tipos penales como se ha expuesto, interesándose por ello el establecimiento de un trato similar al de la violencia en los términos apuntados.

El apartado 3 del precepto introduce una posible atemperación a la elevación de las penas pero en relación con el tipo básico del artículo 178 y siempre que *“no concurren las circunstancias del artículo 180”*, al establecer con carácter facultativo, por tanto, aumentando la discrecionalidad del juzgador, *“la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en relación a la menor entidad del hecho”*. Es decir, se admite la posibilidad de imponer unas penas de prisión de seis meses a un año o de multa de dieciocho a veinticuatro meses, pena esta última idéntica a la contemplada en la actualidad para el tipo básico de abusos sexuales del actual artículo 181 CP.



8. Modificación del artículo 179

La reforma propuesta indica que *“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años”*.

La pena establecida no altera ni la competencia del órgano encargado de enjuiciamiento, ni el procedimiento a seguir, ni los plazos de prescripción del delito, salvo en relación con el delito del artículo 182.2 CP (afectando al procedimiento a seguir).

El concepto violación, existente en el actual artículo 179, se extiende a los supuestos de los vigentes artículos 181.4 (abusos sexuales con penetración) y 182.2 (abusos sexuales con prevalimiento y penetración).

La pena propuesta (prisión de cuatro a diez años) coincide con la que actualmente se prevé en el artículo 181.4 CP; supone, por tanto, una rebaja penológica establecida en el actual artículo 179 (prisión de seis a doce años) y un incremento de la pena respecto de la recogida en el artículo 182.2 (prisión de dos a seis años).

9. Modifica el artículo 180

La reforma propuesta del artículo 180 ofrece un catálogo cerrado de circunstancias agravantes de las conductas previstas en el artículo 178 y 179, asignándoles unas penas de prisión de dos a seis años y de siete a doce años, respectivamente.



Supone, por tanto, la aplicación al vigente tipo de abusos sexuales de los artículos 181 y 182 CP la aplicación de agravantes que hasta la reforma no operaban en estos tipos delictivos, salvo las previstas en el artículo 180.1 CP en los ordinales 3º (*“cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”*) y 4º (*prevalerse de “una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”*).

Esto supone un incremento considerable de las penas correspondientes a estos delitos de abusos sexuales, al resultar de aplicación nuevas agravantes al tiempo que se incrementan las penas, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad.

La circunstancia 1ª viene referida a *“cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”*, agravación que se encuentra en el artículo 180 pero referida en la actualidad a las conductas de los artículos 178 y 179, es decir, a las agresiones sexuales. La extensión de dicha circunstancia agravante a los supuestos de abusos sexuales (según la terminología vigente en el Código Penal) se valora positivamente.

Debe señalarse que en la circunstancia 2ª se añade a los *“actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*, la circunstancia de que *“la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad”*; dicha formulación supone que deberá ser la jurisprudencia la que acaba integrando el concepto de violencia extrema, si bien permite distinguirla de la violencia exigida en el tipo básico.

Por lo que respecta a la circunstancia 3ª –*“cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia,*



salvo lo dispuesto en el artículo 183”-, circunstancia existente en el actual artículo 180 CP, cabe indicar que la referencia al artículo 183 CP no es correcta, puesto que con la numeración ofrecida por el Anteproyecto la referencia debería realizarse al artículo 181 CP. Como se apuntaba anteriormente, el problema radica en que el tipo básico alude a las conductas realizadas abusando de la vulnerabilidad de la víctima, mientras que la agravación trata de la especial vulnerabilidad de la víctima, extremo que podría plantear problemas respecto del principio de *non bis in ídem* si no se realiza una mejor redacción en el sentido de excluir su aplicación si la circunstancia se tuvo en cuenta para la tipificación del delito del artículo 178 o si no se establece cierta gradación en su aplicación, a modo de una extraordinaria vulnerabilidad. Nuevamente, sería la interpretación jurisprudencial la que tendría que aclarar la relación entre ambos preceptos, lo que podría poner en riesgo la seguridad jurídica.

La circunstancia 4ª –“cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”–resulta novedosa en el catálogo de circunstancias agravantes, si bien el incremento del desvalor de la acción que representa permite considerar la aplicación de las agravantes genéricas del artículo 22.4 o del artículo 23 CP, si el fundamento de su inclusión es el género y, de no serlo, resultaría contradictorio con el espíritu de la norma propuesta al permitir su aplicación en casos de matrimonio entre dos mujeres y excluirla en casos de matrimonio entre dos hombres.

En este punto el Consejo Fiscal propone la supresión de esta circunstancia y que la misma se reconduzca a lo dispuesto en la circunstancia 5ª, o bien que la misma se vea ampliada a todos los supuestos de parentesco de la circunstancia 5ª.



Llama la atención el hecho de que en esta circunstancia 4ª baste el dato objetivo indicado y en la circunstancia 5ª (prevalerse “*de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*”) se requiera prevalerse de la situación de superioridad o parentesco. No se explica la razón por la que se establece esta diferencia de tratamiento. En cuanto a la inclusión de “*una situación de convivencia*” se valora positivamente el hecho de ampliar la agravante no circunscribiéndola a la relación de parentesco.

La circunstancia 6ª –“*uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código*”– mantiene idéntica redacción que la ya existente, añadiendo la referencia a la regla concursal contenida en el artículo 194.bis CP propuesto.

Se introduce la circunstancia 7ª –“*para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”–. A efectos penológicos se distingue, por tanto, los supuestos en los que se hayan cometido los hechos “*cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*” (artículo 178) de aquellos en los que el autor de los mismos haya sido el responsable de anular la voluntad de la víctima (artículo 180 CP).

En el proyectado apartado 2 del artículo 180 CP se establece la previsión penológica para los supuestos de concurrencia de dos o más de las circunstancias agravantes expuestas, sancionándose con las penas respectivamente previstas en el apartado 1 “*en su mitad superior, pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado*”. La previsión de poder alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado supone otra de las



novedades del precepto y ante la redacción del apartado debe considerarse de aplicación excepcional para evitar exasperaciones punitivas.

Se traslada el actual contenido del artículo 183.5 CP al apartado 3 para castigar aquellos supuestos en los que el autor “*se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*”, además, con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Como se ha señalado anteriormente, podría fijarse con claridad que aquellas circunstancias que hubieran permitido la tipificación del hecho conforme a los artículos 178 y 179 no podrán ser tenidas en consideración como circunstancias agravantes del artículo 180, conforme al principio *non bis in idem*.

Por lo que respecta a la penalidad asignada a estas conductas, se observa un incremento de las penas asignadas a los actuales supuestos de abusos sexuales (artículos 181 y 182 CP), no así con los supuestos de agresión sexual (artículos 178 y 179 CP), lo que supone una clara afectación del principio de proporcionalidad.

En el siguiente cuadro se muestra las diferencias penológicas entre ambas regulaciones, sin que se tomen en consideración circunstancias agravantes o atenuantes genéricas:

REGULACIÓN ACTUAL	REGULACIÓN PROPUESTA
Artículo 178 CP: prisión 1-5 años	Artículo 178.1: prisión 1 a 4 años Artículo 178.3: prisión 6 meses a 1 año o multa 18 a 24 meses
Artículo 179 CP: prisión 6-12 años (penetración)	Artículo 179: prisión 4-10 años (penetración)



<p>Artículo 180.1 CP: 178: prisión 5-10 años 179: prisión 12-15 años</p> <p>Artículo 180.2 CP: 178: prisión 7 años y 6 meses a 10 años 179: prisión 13 años y 6 meses a 15 años</p> <p>Artículo 181.1 y 3: prisión 1-3 años o multa 18-24 meses Artículo 181.4: prisión 4-10 años (penetración) Artículo 181.5: prisión 2-3 años o multa 21-24 meses / prisión 7-10 años (circunstancia 3ª o 4ª) Artículo 182.1: prisión 1-3 años Artículo 182.2: prisión 2-6 años (penetración), pudiendo llegar a prisión 4-6 años (circunstancias 3ª ó 4ª)</p>	<p>Artículo 180.1: 178.1: prisión 2-6 años 179: prisión 7-12 años</p> <p>Artículo 180.2: 178: prisión 4-6 años, pudiendo llegar a prisión 6 años a 7 años y 6 meses. 179: prisión 9 años 6 meses-12 años, pudiendo llegar a prisión 12- 18 años</p>
---	---

Como puede observarse en el cuadro, en el supuesto de una agresión sexual con penetración con la concurrencia de una circunstancia agravante del artículo 180 CP, según la regulación vigente, cabría la imposición de una pena de doce a quince años de prisión, mientras que con la regulación propuesta la pena de prisión oscilaría entre siete y doce años. Piénsese en una agresión sexual con



penetración empleando violencia y con la actuación conjunta de dos o más personas; con la regulación vigente la pena sería de prisión de doce a quince años, mientras que con la reforma propuesta resultaría una pena, por los mismos hechos, de siete a doce años de prisión.

De concurrir dos o más circunstancias agravantes en el ejemplo planteado (agresión sexual con penetración empleando violencia, con la actuación conjunta de dos o más personas y prevaliéndose de una relación de convivencia), conforme a la regulación actual cabría una pena de prisión de trece años y seis meses a quince años, mientras que con la regulación propuesta cabría una pena de prisión de nueve años y seis meses a doce años, pudiendo llegar, excepcionalmente, a prisión de doce años a dieciocho años. La excepcionalidad en cuanto a la aplicación de la pena en su tramo máximo deriva no sólo de la propia redacción ("*pudiendo llegar*"), sino del hecho de que en la práctica resulta extremadamente difícil la imposición de penas tan elevadas en su grado máximo.

10. Suprime la rúbrica y el contenido del capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal

La modificación propuesta resulta coherente con la reforma prevista para todo el Título VIII y supone un considerable incremento de las penas asignadas como ya ha sido señalado.

11. Modifica la numeración y la rúbrica del capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal

El capítulo para a ser el II y su rúbrica "*De las agresiones sexuales a menores de 16 años*" en consonancia con la reforma propuesta.



12. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183, que pasa a ser el artículo 181

En consonancia con la reforma propuesta de los delitos contra la libertad sexual, se elimina toda referencia a los “abusos sexuales”, denominándose agresiones sexuales.

El apartado 1 es de idéntica redacción al vigente con la referida adaptación terminológica y la consideración de actos de carácter sexual a “*los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor*”, previsión que el vigente artículo 183 CP contenía en su apartado segundo cuando mediara violencia o intimidación.

El apartado 2 se dedica a las agresiones sexuales del artículo 178 CP, castigándolas con una pena de prisión de cinco a diez años, misma previsión penológica que contiene la actual regulación para los supuestos en los que concurra violencia o intimidación.

El incremento de penas respecto de todas las conductas referidas en el artículo 178 CP se ve atemperado con la previsión del párrafo segundo del apartado 2 (“*en estos casos, en atención a la menor gravedad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado*”). En este punto, el Consejo Fiscal se remite a lo ya expuesto al analizar el artículo 178.3.

La nueva redacción ofrecida en el apartado 2, no limitada ya a supuestos en los que concurra violencia o intimidación y la amplitud de conductas que integran el artículo 178, dificulta la distinción entre los tipos previstos en el apartado 1 y el apartado 2.



El apartado 3 castiga las conductas que consistan en *“acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías”*, estableciendo la sanción en función de si se trata del artículo 181.1 (prisión de seis a diez años) o del artículo 181.2 (prisión de diez a quince años). Al respecto cabe señalar que la dificultad de distinción entre las figuras del apartado 1 y el 2 con la redacción propuesta se traslada al apartado 3.

El apartado 4 recoge las circunstancias de agravación de las penas optando, a diferencia del artículo 180, por castigar las conductas con las penas en su mitad superior.

La mayoría de las circunstancias agravantes que se establecen en el apartado 4 coinciden con las establecidas en el artículo 180, por lo que se remite a lo ya manifestado al respecto, si bien se realizará alguna consideración específica.

Se detecta una errata en la ausencia de referencia a la letra c) en el texto propuesto; en ella se contiene la referencia a la situación de especial vulnerabilidad de la víctima con una redacción más precisa en este punto que la actual.

Por lo que respecta a la letra d) *–“cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”–*, no se comprende su inclusión en el apartado, salvo lo relativo a la relación análoga a la afectividad y por aplicación de la regla contenida en el artículo 183.bis; no así la referencia a la esposa, puesto que los menores de dieciséis años no pueden contraer matrimonio (artículo 46 y artículo 317 CC). Por ello, el Consejo Fiscal propone su eliminación del precepto.



La letra f) –*“uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150”*– resulta más restrictiva que la actual circunstancia del artículo 183.4.e) CP (*“cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima”*), sin que se justifique dicho cambio en el Anteproyecto.

Para una mejor comprensión del precepto se considera que el último párrafo referido a todo el artículo debería constituir el apartado 5 del mismo. El mencionado párrafo contiene la sanción de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando *“el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”*, idéntico contenido del vigente artículo 183.5 CP.

13. Modifica la numeración y contenido del artículo 183.bis, que pasa a ser el artículo 182

El contenido del precepto propuesto es similar al existente con la diferencia de que en la reforma propuesta se ha eliminado la expresión *“determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual”*, ante la amplitud de la redacción del artículo 181.1 y .2 CP, quedando comprendido en él.

La conducta del artículo 182 –*“hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual”*– no hace alusión alguna a la modalidad comisiva del tipo, esto es, si se trata de una “hacer presenciar” físico o virtual. Además, implica una dificultad práctica de delimitación respecto de las conductas de exhibicionismo de los artículos 185 y 186 CP, referido estos a menores de edad y no a menores de dieciséis años; dificultad que deberá ser resuelta por la interpretación que de la misma realicen los tribunales. Por ello, resultaría más lógico refundir estas conductas del artículo 182 en los delitos de exhibicionismo



que comprenderían a todos los menores de edad y no solo a los menores de dieciséis años.

El Consejo Fiscal propone que el precepto sea aclarado en los términos indicados o eliminado y reconducido a las conductas reguladas en los artículos 185 y 186 CP.

Asimismo, la redacción del apartado 2 se adapta a la terminología del Anteproyecto al eliminar la referencia a “abusos sexuales”. Sin embargo, se opta por la fórmula “*delito de carácter sexual*” y no por delito contra la libertad sexual, más acorde con la reforma.

14. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183.ter, que pasa a ser el artículo 183

La modificación del contenido del precepto consiste en adaptar el mismo a la nueva numeración de los artículos 181 y 189, manteniendo idéntica redacción que el artículo 183.ter vigente.

15. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183.quater, que pasa a ser el artículo 183.bis

Se refiere a la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal en los supuestos de *consentimiento del menor de dieciséis años*, “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”, por los delitos previstos en los artículos 181.1 y 182.1.

Aparentemente, se trata de la misma cláusula de exclusión de la responsabilidad penal que la vigente, si bien la redacción propuesta limita su aplicación a los supuestos de los artículos 181.1 y 182.1, desconociéndose las razones de ello, lo que significa que quedan al margen los supuestos de



penetración, que según la norma vigente se encontrarían amparados con dicha cláusula.

Por ello, se interesa el mantenimiento de la redacción vigente que garantiza la efectividad de establecer la edad de prestar consentimiento sexual en dieciséis años.

16. Modifica el artículo 184

El contenido del precepto se mantiene prácticamente igual al vigente, con la salvedad de introducir en el apartado 1 las relaciones análogas a las de prestación de servicios e incrementar considerablemente las penas establecidas, a las que se añade la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de un año a quince meses.

Expresar la pena en su límite mínimo en años y en su límite máximo en meses resulta asistemático. Si se pretende expresar la pena en meses, debería decirse de doce a quince meses y, en caso de expresarse en años, de un año a un año y tres meses.

En su apartado 3, la fórmula "*cualquier otra circunstancia*" resulta en exceso abierta y puede plantear problemas de interpretación en la práctica. Si bien se mejora la redacción vigente relativa a la vulnerabilidad de la víctima, "*cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia*", al atribuir la vulnerabilidad a determinadas circunstancias de la víctima y no a la víctima *per se* ("*cuando la víctima sea especialmente vulnerable*"). Este cambio de paradigma supone poner el acento en el necesario compromiso de las Administraciones Públicas para eliminar o, cuando menos reducir, el mayor número de circunstancias, de obstáculos que impliquen una situación de especial vulnerabilidad. La víctima no "es" especialmente vulnerable por tener



una discapacidad, la víctima se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad por tener una discapacidad o por sus circunstancias personales, pero la actuación de los poderes públicos reduciendo o eliminando los obstáculos existentes pueden contribuir a la reducción de esa vulnerabilidad.

La concurrencia del supuesto del apartado 3 conlleva, según la reforma propuesta, la aplicación de la pena correspondiente de los dos primeros apartados en su mitad superior, lo que rompe con la sistemática del precepto vigente que asigna una pena concreta en función del supuesto de que se trate o del propio artículo 181.4 de la reforma.

17. Modifica el artículo 187

Por lo que respecta al apartado 1 se mantiene la redacción vigente incrementándose la pena de prisión asignada, no así la de multa, sin que se justifique tal diferenciación de tratamiento. La elevación de la pena de prisión comporta una modificación de la competencia para el enjuiciamiento del delito, sin alterar el tipo de procedimiento ni el plazo de prescripción del delito.

El apartado 2 mantiene la sanción a *“quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma”*, si bien se elimina la mención a las circunstancias que determinan, en todo caso, que se está ante una situación de explotación y se sustituye por la fórmula *“en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”*. La tipificación del proxenetismo en estos términos supone cambiar la perspectiva de la situación personal de quien ejerce la prostitución, ya no circunscrita a las circunstancias del actual art. 187 CP (*“que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica o que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”*), entendiéndose que el desvalor de la acción está en el aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación. La existencia de esa relación de dependencia o subordinación presupone la



preordenación de la mujer para el ejercicio de la prostitución como si de medios de producción se tratara, con el consiguiente menoscabo de la dignidad. En definitiva, el tipo penal viene a centrarse en el proxeneta y no en las condiciones de la persona prostituida

En este caso se considera más adecuada y clarificadora la siguiente redacción para el apartado 2: "Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis a dieciocho meses a quien se lucre u obtenga cualquier tipo de ventaja o beneficio a costa de la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma." Así como que se proceda a eliminar el siguiente párrafo: *"en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación"*.

Y se establezca en el número 3 la siguiente redacción:

"Para el caso de que exista explotación que consista en un aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación ejercida, a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso, se impondrá la pena en su mitad superior."

Para el caso de no ser atendida esta modificación, deberá incluirse en la exposición de motivo que el delito de prostitución no coactiva (en el que hay lucro por parte del sujeto activo del delito y consentimiento por parte de la víctima) nunca queda subordinada a que exista explotación. Y que la explotación determina la imposición de la pena en su mitad superior.

En cuanto a las penas asignadas, la reforma, a diferencia de lo previsto en el apartado 1, mantiene la pena de prisión (de dos a cuatro años) y reduce la pena de multa asignada (de seis a dieciocho meses), lo que quiebra la sistemática del precepto; se desconocen las razones de ello.

Se debería mejorar la redacción del último párrafo del apartado 2 en el sentido de indicar que será la explotación y no la prostitución que se ejerza a partir de



un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso la que determine la imposición de la pena en su mitad superior.

El apartado 3 (se convertirá en apartado 4) contiene el catálogo de circunstancias que agravan la conducta con idéntico contenido que el vigente artículo 187.2 CP, anudando la misma pena (mitad superior). En el supuesto recogido en la letra b) (pertenecer a una organización o grupo criminal) se añade mayor sanción (pena superior en grado) para los jefes, administradores o encargados, coherente con el mayor desvalor de su conducta.

La letra c) se mantiene inalterada, resultando la misma del vigente artículo 183.4.e) que, en este caso, sí ha resultado modificada en el propuesto artículo 181, desconociéndose las razones para ello.

Debería añadirse una letra d) para el caso de que se tratase de una mujer en estado de gestación.

El apartado 4 (se convertirá en apartado 5) mantiene la regla concursal vigente. En la redacción propuesta se observa la referencia a los "abusos sexuales" cometidos sobre la persona prostituida lo que, atendiendo a la nueva terminología propuesta, resulta incongruente, debiendo hacerse mención únicamente a las agresiones sexuales, comprensivas en la reforma de ambas conductas.

Señalado lo anterior, resulta llamativo que no se haya aprovechado la modificación planteada para reformar en profundidad estos tipos penales.

Convendría traer a colación lo dispuesto en el Preámbulo del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949, firmado en Nueva York el 21 de marzo de 1950 y al que se adhirió España el 25 de septiembre de 1962: "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana".



El artículo 1 del Convenio de Nueva York mencionado establece que: “las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

El artículo 2 del citado Convenio señala que: “Las partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena”.

El artículo 3 del Convenio establece que: “En la medida en que lo permitan las leyes nacionales serán también castigadas toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión”.

El propio Parlamento Europeo ha tenido ocasión de manifestarse al respecto, en concreto en su Resolución de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. En dicha Resolución, el Parlamento Europeo afirma que “la prostitución y la prostitución forzada representan formas de esclavitud incompatibles con la dignidad de la persona y con sus derechos fundamentales”. Al mismo tiempo, indica que “la prostitución funciona como un negocio y crea un mercado, en el que distintos actores están interconectados y los proxenetas realizan cálculos y actúan para afianzar o aumentar sus mercados y maximizar los beneficios, y que los compradores de sexo desempeñan un papel fundamental, puesto que mantienen la demanda de este mercado”.

Siguiendo este argumento, en Francia se promulgó, el 13 de abril de 2016, “la ley para reforzar la lucha contra el sistema prostitucional y a apoyar a las personas prostituidas”. Considerar que la prostitución es una forma de violencia



contra las mujeres, un obstáculo para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres y una violación de la dignidad humana, constituyen los principios fundamentales de esta ley. La premisa sobre la que pivota el articulado de la ley radica en que nadie tiene derecho a explotar la precariedad o la vulnerabilidad de otra persona imponiéndole un acto sexual a cambio de dinero.

Debe recordarse en este punto que la Fiscalía General de Estado, en su Memoria anual de 2019 ya hacía referencia a la necesaria tipificación del proxenetismo como un elemento de lucha contra la trata de seres humanos. Se reproduce el contenido de lo manifestado al respecto por la Fiscalía General del Estado:

“En España desde que se tipificó el delito de trata de seres humanos se han ido desarrollando en buena medida las acciones requeridas por el derecho internacional englobadas en la Acción Mundial contra la Trata en su modalidad de explotación sexual.

Sin embargo, basta observar los datos generales descritos en el apartado anterior para valorar que los resultados obtenidos –aun siendo satisfactorios a nivel comparativo con otros Estados de nuestro entorno – son decepcionantes, sobre todo en relación a la protección y al reconocimiento de los derechos elementales de la mujer.

La razón hay que buscarla en otra serie de circunstancias fácilmente constatables que no tienen que ver propiamente con el tratamiento del delito antecedente (trata de seres humanos) sino con el delito final de explotación (prostitución).

En primer lugar, en el reconocimiento de que el *proxenetismo* (realizar la actividad de prostitución bajo la dirección y dependencia del proxeneta que se enriquece con ello) es una actividad atípica en constante e imparable



expansión. Constituye un negocio boyante (hoy en día el proxenetismo – industria del sexo –, según cálculos policiales, alcanza unos beneficios diarios que superan los cinco millones de euros, aproximadamente 6 millones de dólares USA, la mayor parte en dinero negro).

No se puede en el siglo XXI seguir manteniendo que la prostitución sea una actividad laboral, que se ejerce libremente y que debe ser regulada en defensa de la mujer prostituida. Ello supondría desconocer la importante expansión de la trata con fines de explotación sexual en los países que han legalizado la prostitución (por ejemplo, Países Bajos o Alemania).

Al mismo tiempo, puede ser contrario a los valores de igualdad de género y proscripción de todo tipo de violencia que debieran regir nuestra convivencia. Se olvida que al admitirse el proxenetismo consentido están admitiendo que la mujer pueda autorizar su propia explotación, esto es, que sea reconvertida en mercancía de granjería (sacar utilidad en provecho del proxeneta).

No puede obviarse que la prostitución, bajo el manto del *proxenetismo consentido*, en España afecta fundamentalmente a mujeres extranjeras, sin recursos económicos y extraordinariamente vulnerables. La experiencia acredita que la atipicidad de ese «negocio» constituye un escudo protector del tratante que –salvo excepciones muy significativas – gozará siempre de la presunción de consentimiento de la mujer.

En segundo lugar, debe recordarse que los delitos de trata con fines de explotación sexual se fundamentan en la protección de la *libertad sexual* (bien jurídico protegido). No tiene sentido hablar de libertad sino en relación con personas que se encuentran en igualdad de oportunidades y situación. Una vez más queda acreditado por la experiencia que las mujeres que ejercen la prostitución bajo la dependencia y dirección de un tercero no han tenido las mismas posibilidades de opción que cualquiera del resto de mujeres. Es clara



la vinculación entre el proxenetismo consentido y las manifestaciones de la prostitución de la pobreza, la marginación y la discriminación de la mujer extremadamente vulnerable.

En tercer lugar, ese planteamiento supone que en la persecución de este delito el Ministerio Fiscal se ve obligado a probar un hecho negativo («ausencia de consentimiento»).

Ello se puede lograr fácilmente cuando las víctimas son menores de edad (pues legalmente es irrelevante su consentimiento tanto en el movimiento migratorio como en el ejercicio de la prostitución) o cuando padezcan una discapacidad psíquica que, al menos, supere un 33 % (al tener gravemente disminuida su capacidad de obrar). También se puede lograr cuando, siendo la mujer mayor de edad sin limitación de capacidad de obrar, los medios comisivos utilizados para captarla, trasladarla, recibirla o explotarla son de naturaleza extremadamente violenta o coactiva, constatables objetivamente (lesiones, secuestros, amenazas graves, intimidaciones, lesiones, agresiones, compraventa de la víctima, etc.).

Sin embargo, es una proeza inalcanzable cuando la decisión migratoria o la imposición de la explotación de la víctima traen su causa del abuso de situaciones de poder o de vulnerabilidad. En una sociedad permisiva, incluso favorecedora del proxenetismo, es prácticamente imposible probar el abuso de una situación de vulnerabilidad tal como ha sido configurado por los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo y que se ha incorporado a la Directiva 36/2011/UE: *cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.*

En efecto, los términos utilizados son confusos y anfibológicos difuminando el objeto de la prueba: ¿qué debemos probar?



No es suficiente probar la situación de vulnerabilidad, exige además que se haya privado a la víctima de libertad de opción verdadera y aceptable: ¿según que reglas o criterios de referencia?

Sólo tipificando –tal como exige el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success (Nueva York, el 21 de marzo de 1950) y ratificado por España– todas las manifestaciones del proxenetismo se vislumbrará el inicio del camino que conduzca a acabar con la trata de mujeres para ser esclavizadas en la prostitución.

En este camino un modelo de referencia lo constituye legislación francesa aprobada en el año 2016, en la que no solo se persigue al proxeneta, sino que también se da un tratamiento adecuado a otro de los implicados en este fenómeno, el llamado *cliente* de la prostitución.

En este sentido se comparten decididamente las recomendaciones del Segundo Informe sobre la lucha contra la trata de seres humanos en Europa del año 2018, emitido por la Comisión Europea en la que se anima a los estados miembros a la tipificación penal de los que *conscientemente se aprovechan de los servicios prestados por las víctimas de trata*”.

Por todo ello, se propone una reforma profunda de estos tipos penales relativos a la prostitución en los términos señalados, castigando cualquier conducta, con independencia del fin perseguido (lucrativo o no) que convierta en prostituido o tienda a prostituir a un ser humano. La premisa de la que debería partirse es que el consentimiento de la víctima resulta irrelevante para construir el tipo penal, tal y como se establecía en el Convenio de Nueva York citado.

Esto es, se debería establecer un tipo básico de proxenetismo, comprensivo de conductas favorecedoras o facilitadoras de la prostitución ajena, conductas



inductoras o promovedoras de la prostitución ajena o del mantenimiento en la prostitución y conductas de enriquecimiento de la prostitución ajena.

Junto a este tipo básico de proxenetismo propio, se debería tipificar, siguiendo el modelo francés, un proxenetismo impropio, conductas asimiladas (en el caso francés se incluyen en este concepto conductas tales como la intermediación entre quien ejerce la prostitución y quien la explota o el cliente; la colaboración con el proxeneta justificando recursos ficticios; no poder justificar el nivel de vida siendo pareja o manteniendo una relación habitual con la persona prostituida; dificultar la acción de prevención, control, asistencia o reeducación que realicen los organismos cualificados en relación con las personas en peligro de prostitución o que ejerzan la prostitución).

Asimismo, partiendo de la configuración del tipo básico se deberían contemplar subtipos agravados que atiendan tanto a las características de las víctimas como a los medios comisivos utilizados y a las formas y circunstancias de comisión del delito, que incrementen el atentado al bien jurídico protegido.

Se debería contemplar, igualmente, la existencia de un tipo privilegiado para aquellos casos de arrepentimiento activo, similar al existente en delitos contra la salud pública o en delitos de terrorismo.

En paralelo debería sancionarse la conducta del cliente, como propone el modelo francés, distinguiendo una modalidad básica y una agravada.

Finalmente, como modalidad de favorecimiento de la prostitución, debería tipificarse el denominado proxenetismo locativo, del que se tratará en el siguiente apartado.

Por último, cabría señalar que resultaría necesaria una ley integral contra la trata que abarcase no solo el ámbito punitivo sino también de protección de las



víctimas, tal y como establece el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en la medida nº 257 del texto integrado (medida 189 del Congreso de los Diputados; medidas nº 157, 159 y 161 del Senado).

18.- Introduce un nuevo artículo 187.bis:

La introducción del nuevo artículo 187.bis tiene por objeto castigar a quien, *“con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento”*.

Regula, por tanto, el precepto propuesto una modalidad de favorecimiento de la explotación de la prostitución de otro, el proxenetismo locativo, al que se asigna una pena de prisión de uno a tres años de prisión y multa de seis a dieciocho meses. Resulta llamativo que se anude idéntica pena de multa que la contemplada en el artículo 187.2 CP.

La redacción propuesta plantea problemas de interpretación y de aplicación práctica, desde la exigencia de ánimo de lucro, el catálogo cerrado de lugares, hasta la determinación del concepto de habitualidad.

En relación al artículo 187 bis se propone la siguiente redacción: “El que, con ánimo de lucro u obteniendo cualquier tipo de ventaja o beneficio destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, así como cualquier otro tipo de espacio aunque fuera desmontable o portátil o vehículo para favorecer la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194 de este Código.” (En este caso se incluye cualquier forma de ventaja o beneficio, se elimina la habitualidad y se incluye la utilización de cualquier forma de espacio e incluso la utilización de vehículos (como es el caso de las tan utilizadas autocaravanas) “La pena se impondrá en su mitad superior cuando la



prostitución favorecida se ejerza en esos lugares, partir de un acto de violencia, intimidación, engaño.” (se incluye favorecida en esos lugares).

19. Modifica el artículo 189.bis

Se mantiene el contenido del vigente artículo 189.bis CP relativo a las sanciones impuestas a las personas jurídicas que de conformidad con el artículo 31.bis CP resulten penalmente responsables. A dicha previsión se añade, con carácter imperativo, la disolución de la persona jurídica responsable, sanción que en la redacción actual es potestativa. Se mantienen como potestativas las restantes sanciones a las que hace referencia el artículo 189.bis CP.

Debe advertirse que en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia se plantea la modificación del mismo precepto, si bien se propone que el contenido del vigente artículo 189.bis CP pase a configurar el proyectado artículo 189.ter, sin variar su contenido y atribuyendo un nuevo y distinto contenido al artículo 189.bis relativo a la comisión de los delitos previstos en el Capítulo V y en los Capítulos II bis y IV del Título VIII del Libro II CP.

En este sentido, el Consejo Fiscal considera procedente mantener la redacción vigente del artículo 189.bis CP y mantener como potestativa la disolución de la persona jurídica.

20. Modifica la ubicación y contenido del artículo 190

El precepto dedicado a la reincidencia internacional mantiene su redacción y amplía su aplicación a todos los delitos del Título VIII, ampliación que se valora positivamente, máxime si se piensa en conductas desarrolladas en otros países europeos.



21. Modifica el apartado 1 del artículo 191

Se mantiene el mismo contenido del precepto, consistiendo la modificación propuesta en la adaptación del mismo a la nueva terminología utilizada en el Título VIII, lo que se valora favorablemente.

22. Modifica el artículo 194 CP

Cuando en la realización de los actos se utilizasen establecimientos o locales, abiertos o no al público, la reforma propuesta consiste en establecer "*su clausura definitiva*" con carácter imperativo en los supuestos tipificados en los capítulos IV (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual) y V (De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), clausura que deberá ser decretada en sentencia condenatoria, admitiendo la posibilidad de una clausura temporal con carácter cautelar.

La redacción vigente contempla la clausura de establecimientos en los mismos supuestos, pero con carácter potestativo y admitiendo tanto la clausura definitiva como la temporal, con un máximo de cinco años y con la posibilidad de adoptarla con carácter cautelar.

No resulta congruente establecer la clausura definitiva de un establecimiento con carácter imperativo en los supuestos de los capítulos IV y V, eliminando la clausura temporal, pero admitiéndola como medida cautelar, puesto que lo contrario carecería de sentido (clausura definitiva cautelar). Establecer el carácter imperativo sin introducir elementos que acoten su aplicación a supuestos en los que el responsable del hecho tenga vinculación con el establecimiento resulta desproporcionado. La reforma propuesta del artículo 189.bis establece como pena la disolución de la persona jurídica, pero en aquellos supuestos en los que la misma resulta responsable en los términos del artículo 31.bis CP y respecto de los delitos tipificados en el capítulo V.



Piénsese en la comisión de un delito de exhibicionismo del artículo 185 CP cometido en un bar por parte de un cliente del mismo, la aplicación del precepto supondría la clausura del local, lo que evidencia la desproporción del pretendido carácter imperativo.

Por todo ello, el Consejo Fiscal interesa el mantenimiento de la redacción vigente.

23. Introduce un nuevo artículo 194.bis

El precepto contiene una regla concursal: *“si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos”*.

La jurisprudencia viene castigando separadamente los supuestos contemplados en el precepto proyectado, por lo que la reforma propuesta podría parecer innecesaria. Si bien, ante el incremento de la mayoría de las penas contempladas en el Título VIII, una previsión de este tipo permitiría neutralizar intentos de consunción o absorción de algunos tipos penales en los delitos contra la libertad sexual.

El Consejo Fiscal valora favorablemente esta reforma.

24. Modifica el apartado 2 del artículo 443

La modificación consiste en incluir los centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia al enunciado existente, manteniendo las penas asignadas.



Se valora positivamente esta inclusión que permite reducir los espacios de impunidad ante tales conductas, atendiendo a la especial relación que las personas internas en los mismos tienen respecto de los funcionarios públicos en ellos destinados.

13.6. DISPOSICIÓN FINAL SEXTA. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Se pretende la modificación de los artículos 1.2; 2.1, 6.2 y .4; 7.1; 9.2.e); 10.1, 3 y 4 y 15.5.

Se observa la utilización de lenguaje inclusivo en muchas de las propuestas de modificación planteadas, pero no en todas, como en el artículo 9.2.e).

Artículo 1.2

Sin perjuicio de que se valora positivamente la eliminación de la expresión "*aun sin violencia*" del precepto vigente para mantener coherencia con la reforma propuesta del Código Penal en relación con los delitos contra la libertad sexual, la redacción ofrecida al nuevo artículo resulta redundante y confusa.

La redacción propuesta enumera una serie de conductas típicas que se encontrarían integradas en los conceptos de delito doloso y violento y contra la libertad sexual; así, por ejemplo, "*el homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido sobre la víctima*".

En la redacción propuesta se incluyen tipos delictivos "sin víctimas", por ejemplo "*la abstención de actuar de una autoridad o funcionario para evitar un delito contra la libertad sexual, la omisión del deber de impedir un delito contra la libertad sexual*", conductas previstas en el artículo 450 Código Penal,



ubicado en el Título XX del Libro II del Código Penal relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia. Esta inclusión resulta incongruente con la finalidad de la norma modificada.

Por último, la inclusión de los delitos de terrorismo que consistan en un ataque a la libertad sexual plantea problemas en cuanto a la aplicación a estas víctimas de las medidas contempladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, *de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo*.

Artículo 2.1

La modificación consiste en incluir junto con las víctimas de violencia de género a las *"mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de un delito contra la libertad sexual, en los términos previstos en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual"*.

La única objeción que se realiza a dicha redacción radica en que la referencia a víctimas de delitos contra la libertad sexual, técnicamente, se refiere a las víctimas de delitos contempladas en el Título VIII del Libro II del Código Penal y no a todas las víctimas de violencia sexual en los términos del Anteproyecto o del artículo 1.2 Ley 35/1995 propuesto.

Igualmente, se añade como medio para acreditar la situación de víctima de violencia sexual alguno de los títulos habilitantes del artículo 36 del Anteproyecto.

Artículo 6.2 y 4

Por lo que respecta al apartado 2 propuesto, nada se objeta. La modificación consiste en la utilización de lenguaje inclusivo en las letras a) y b), no en la c),



en la inclusión de las víctimas de un delito contra la libertad sexual, junto con las víctimas de violencia de género, en el incremento de las ayudas.

Únicamente, cuando se indica que *“en los casos de muerte”*, cabe señalar que debería acotarse a los supuestos en los que el fallecimiento sea consecuencia del delito contra la libertad sexual o de un delito de violencia de género.

Por lo que respecta al apartado 4, se amplían los conceptos que deberán ser sufragados por la ayuda y se amplía a las víctimas de violencias de género.

En el vigente artículo 6.4 el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico en la cuantía que se determine reglamentariamente.

En la redacción propuesta se incluyen conceptos propios de una reparación de daños y perjuicios, utilizando conceptos genéricos, como *“daño a la dignidad”*, *“daño social”*, *“pérdida de oportunidades”*, que dificultarán su interpretación.

Los conceptos utilizados son similares a los establecidos en el artículo 52 del Anteproyecto, constituyendo, sin embargo, una ayuda distinta a la contemplada en el artículo 6 Ley 35/1995.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas de delitos dolosos y contra la libertad sexual, indica que *“el sistema público de ayudas que la Ley 35/95 configura no constituye indemnización, porque el Estado no es responsable civil del delito, pero busca la garantía social de un contenido mínimo de resarcimiento conectado con el objeto de la acción civil ex delicto”*. La citada Circular señala asimismo que *“estas ayudas, de conformidad con los principios que sustentan el Convenio del Consejo de Europa suscrito en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, garantizan un mínimo de cobertura económica mediante la actividad subvencional que despliega el Estado para que circunstancias ajenas a la*



víctima como la situación de insolvencia total o parcial del culpable del delito, su no identificación, o la crisis anticipada del procedimiento penal por archivo o sobreseimiento, no desencadene una situación material de desasistencia difícilmente conciliable con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho”.

Debe ponerse de manifiesto los problemas que en la práctica se pueden suscitar en cuanto al régimen de compatibilidad de las ayudas reguladas en la Ley 35/1995 con otro tipo de ayudas establecidas en el Anteproyecto, como ya se ha expuesto al analizar los artículos 40 y 52 del Anteproyecto.

De un lado, el vigente artículo 5.1 Ley 35/1995 señala que *“la percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia”.*

De otro lado, el artículo 40.4 del Anteproyecto indica que *“Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”.*

Así pues, según la Ley 35/1995 las ayudas en ella reguladas serían incompatibles con las indemnizaciones de daños y perjuicios causados por el delito establecidas en sentencia, mientras que, conforme al artículo 40 del Anteproyecto, ambas resultarían compatibles con las ayudas establecidas en el citado precepto sin exclusión entre ellas.



Artículo 7.1

Se pretende añadir un segundo párrafo al apartado 1, relativo al plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas cuando se trate de víctimas de delitos contra la libertad sexual y víctimas de violencia de género.

Por lo que respecta a las víctimas de violencia de género, el apartado 4 del artículo 7 Ley 35/1995, ya establece un plazo de prescripción de la acción, en estos casos, de tres años.

El vigente artículo 7.1 Ley 35/1995 establece que *“la acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificado personalmente a la víctima”*.

La redacción propuesta para el artículo 7.1 no solo establece el plazo de prescripción de la acción para víctimas de delitos contra la libertad sexual y violencia de género en 3 años, sino que, además, configura un nuevo sistema de cómputo de dicho plazo manifestando, con cierta oscuridad en la redacción, que *“el plazo de prescripción será de tres años y no afectará el transcurso del mismo desde que se produjo el hecho delictivo, comenzando a contarse en todo caso desde que recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de la presente ley”*.

El sistema de cómputo que se pretende no resulta coherente con el diseño de las ayudas de la Ley 35/1995 al considerar como *dies a quo*, no el momento de la comisión del hecho (con suspensión del plazo desde que se inicie el proceso penal), sino el de finalización del proceso penal. No resulta coherente porque el



acceso a las ayudas de la Ley 35/1995 no resulta vinculado a la existencia de un proceso penal; el artículo 2 Ley 35/1995 (tanto el vigente como la modificación propuesta) establece la posibilidad de acreditar la condición de víctima de violencia de género o violencia sexual por medio del título habilitante regulado en el artículo 23 LO 1/2004 y en el artículo 36 del Anteproyecto, esto es, desvinculado de la existencia de un proceso penal. Ello se traduciría, en la práctica, en la imposibilidad de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas de la Ley 35/1995 en aquellos supuestos en los que la condición de víctima quede acreditada de alguna de las formas establecidas en el artículo 23 LO 1/2004 o en el artículo 36 del Anteproyecto, ajenas a la existencia de un proceso penal.

Artículo 9.2

La modificación planteada supone la referencia al artículo 383 LECrim (demencia sobrevenida del procesado/acusado) como un supuesto más en los que se puede producir la terminación anormal del proceso. Tal referencia se valora positivamente.

Artículo 10.1, 3 y 4

Nada se objeta a la modificación planteada del artículo 10, consiste en la inclusión de las víctimas de delitos contra la libertad sexual junto con las víctimas de violencia de género para acceder a las ayudas provisionales reguladas en el citado artículo. Se aprovecha la modificación para actualizar la referencia que se realiza en el apartado 3 al artículo 66.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.



Artículo 15.5

La modificación proyectada consiste en añadir un segundo párrafo al apartado 5 del artículo 15.

El párrafo que se pretende añadir es el siguiente: *“Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2º o 637.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya dicha resolución judicial, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley”.*

El párrafo transcrito parte de una premisa, la existencia de un proceso penal, dejando, por tanto, al margen de dicho precepto los supuestos en los que la acreditación de víctima de violencias sexuales o de violencias de género se realicen a través de otros títulos habilitantes del artículo 36 del Anteproyecto y del artículo 23 LO 1/2004 que no requieran la existencia de ningún proceso penal, por ejemplo, informes de los servicios sociales o de los servicios especializados.

Siguiendo con el análisis del párrafo transcrito, en él se distinguen aquellos procesos *“abocados a resolución que ponga fin”* al mismo de aquellos procesos ya finalizados, *“que hubiere recaído ya dicha resolución judicial”*, si bien en este último caso no se concreta si se trata de una resolución judicial definitiva o firme.



En ambos casos se trata de establecer idéntica obligación para el Ministerio Fiscal, a saber, *“solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y, en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley”*.

Por lo que respecta a ambos supuestos, la obligación impuesta al Ministerio Fiscal en el seno del procedimiento o una vez finalizado éste se encuentra en consonancia con el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998. Así, en la citada Circular se indica que *“es necesario que, en el curso de la instrucción judicial, y antes de su cierre, se haya asegurado la incorporación de los elementos de prueba relativos a la realidad de los daños físicos y psíquicos sufridos por el agraviado y su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito”*. Por lo que respecta a los supuestos de crisis anticipada del procedimiento, indica la Circular 2/1998 que *“los señores fiscales (...) si detectan que no se han practicado en el curso de las diligencias previas (trasladable a procedimientos ordinarios y del Tribunal del Jurado, igualmente) las actuaciones de comprobación necesarias para averiguar y hacer constar la existencia del daño y el evento productor del mismo –particularmente el dictamen pericial Médico Forense– deberán interponer recurso de reforma contra el auto de archivo o sobreseimiento, instando su práctica y, caso de no ser estimado el recurso, deberán reiterar la solicitud mediante la interposición del recurso de apelación –artículo 789.5 in fine–”*.

Si el actual artículo 23 LO 1/2004 y el artículo 36 del Anteproyecto consideran título habilitante el informe del Ministerio Fiscal indicando que existen indicios de tratarse de una víctima de violencia de género o de violencia sexual, así como el artículo 10 de la Ley 35/1995 exige el informe del Ministerio Fiscal para solicitar las ayudas provisionales, estos informes necesitarán fundarse en el



previo dictamen médico forense para acreditar los daños físicos y psíquicos sufridos y su conexión causal con los hechos denunciados.

13.7. DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

Se pretende añadir un nuevo artículo 31.ter a la LO4/2000, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 35 del Anteproyecto.

De una mera lectura del artículo 31.ter propuesto se comprueba que su contenido es idéntico al recogido en el artículo 31.bis LO 4/2000 (residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género). Por esta razón, se considera que se hubiera podido modificar el actual artículo 31.bis en el sentido de incluir en su redacción la referencia a las víctimas de violencias sexuales, en lugar de añadir un idéntico y extenso artículo 31.ter.

13.8. DISPOSICIÓN FINAL OCTAVA. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

Se propone la modificación de los artículos 37.1.d); 38.1.d); 66 y 68.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las violencias sexuales junto con la violencia de género.

13.9. DISPOSICIÓN FINAL NOVENA. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, *del Estatuto del trabajo autónomo*.

Se pretende la modificación de los artículos 1.5; 15.1.g) y 16.1.f).



Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

13.10. DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMA. Modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Se plantea la modificación del artículo 7.30, en el sentido de incluir una referencia a “*actos de acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*” y actualizar la terminología utilizada para referirse a los tipos de discriminación.

Nada tiene que objetarse al respecto, salvo que la referencia final –“*cuando no sean constitutivos de delito*”– resulta redundante puesto que el inicio del propio artículo 7 así lo indica: “*Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito.*”.

13.11. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOPRIMERA. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

La Disposición final se estructura en ocho apartados referidos a las modificaciones de los artículos 3.1; 5.1 y m); 7.1 y .3; 10; 23.2.a) y .4; 25.1.b) y d); 26 y 34.

Artículo 3.1

La modificación propuesta consiste en incluir entre los derechos de las víctimas del delito el “*derecho a la reparación*”.

En la redacción vigente la única referencia al respecto es a la “*justicia restaurativa*”. En este punto, la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 dice



que "se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio".

La estructura de la Ley 4/2015 responde al desarrollo en su articulado del catálogo de derechos reconocidos a todas las víctimas del delito recogido en el artículo 3. Por lo tanto, la inclusión del derecho de reparación quedaría fuera de ese desarrollo normativo, debiendo configurarse por remisión a otras normas, con la dificultad que ello supone. Así, a modo de ejemplo, al tratarse de los derechos de todas las víctimas de delito no podría configurarse analógicamente como el derecho de reparación que aparece regulado en el Título VII del Anteproyecto, referido a las víctimas de violencias sexuales, debiendo acudirse a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

Artículo 5.1 y m)

La modificación del apartado primero el artículo 5 consiste en la sustitución de "sin retrasos innecesarios" por "de manera inmediata".

La propuesta de modificación planteada constituye más bien una declaración de intenciones que un elemento normativo de obligado cumplimiento. Primero, porque el concepto "de manera inmediata" puede generar dudas interpretativas en la práctica; y segundo porque, atendiendo al caso concreto, las posibles



vicisitudes pueden suponer retrasos (piénsese en la necesidad de solicitar un intérprete para recibir la información a que se refiere el precepto).

Por lo que respecta a la modificación de la letra m) de este apartado primero, se valora positivamente la mejora técnica en su redacción. Actualmente este apartado se refiere al "derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7". La modificación propuesta consiste en indicar que la víctima tiene "*derecho a ser notificada de las resoluciones a que se refiere el artículo 7*".

Es decir, el derecho que asiste a toda víctima de delito es el de ser notificada de las resoluciones a que se refiere el artículo 7 y no a solicitar dicha notificación, manteniéndose la posibilidad de que la víctima manifieste en cualquier momento su deseo de no ser informada en los términos del artículo 7.2 Ley 4/2015. Por tanto, no hace depender el nacimiento del derecho a la previa petición de la víctima (derecho a pedir que se notifique), sino que es un derecho preexistente (derecho a que se le notifique).

Artículo 7.1 y 3

Se pretende modificar el apartado primero del artículo 7 para adaptarlo a la redacción propuesta para el artículo 5.1.m). Las observaciones realizadas respecto del artículo 5 resulta, igualmente, de aplicación en este apartado.

Nada que objetar a la inclusión, junto con las víctimas de violencia de género, de las víctimas de delitos contra la libertad sexual en el apartado tercero del precepto.



Artículo 10

Nada que objetar a la propuesta de extensión de los derechos a las medidas de asistencia y protección de los Títulos I y III de la Ley 4/2015 a los hijos menores y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia sexual.

Artículo 23.2.a) y 4

Nada se objeta a la modificación propuesta para el artículo 23.2.a) y 4 que consiste en atender a las "características y circunstancias personales de la víctima". La modificación, inclusión del concepto "*circunstancias*", permite tomar en consideración y valorar para la determinación de qué medida de protección debe ser adoptada más aspectos que la referencia a las características personales de la víctima, lo que se traduce en una mayor calidad de la evaluación realizada y la determinación de las medidas de protección más adecuadas.

El vigente apartado cuarto establece la aplicación de las medidas contenidas en el artículo 25.a), b) y c) de la Ley 4/2015, en el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual. Las medidas en cuestión son: "*a) que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; b) que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; c) que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal*".



La reforma del apartado cuarto pretende extender dicha previsión a todas las víctimas de algún delito contra la libertad sexual, añadiendo las medidas contenidas en el artículo 25.d), con la modificación propuesta en el siguiente apartado. Nada se objeta al respecto.

Artículo 25.1.b) y d)

Nada que objetar a la propuesta de que los profesionales que reciban declaración a las víctimas hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, *"así como en género"*, si bien resultaría más específico indicar *"en perspectiva de género"*.

La letra d) del artículo 25 indica *"que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3º y 4º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse declaración directamente por un Juez o un Fiscal"*.

La modificación propuesta consiste en extender la medida a *"la prestación de asistencia por parte de intérprete"*. Nada se objeta al respecto puesto que la medida vigente podría ver frustrada su finalidad si no se contemplara la previsión de la asistencia por parte de intérprete.

Artículo 26

Se propone la extensión de las medidas de protección reguladas en el artículo 26 a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la utilización de lenguaje inclusivo (*"personas expertas"*).



El vigente artículo 26 establece las siguientes medidas de protección para menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección las siguientes: "a) *las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; b) la declaración podrá recibirse por medio de expertos*".

La extensión de estas medidas de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual se considera acertada, sin que logre entenderse la razón por la que el presente Anteproyecto no propone modificación alguna de la LECrim en tales términos.

Como ya se ha puesto de manifiesto en este informe, en el Anteproyecto de LOPIVI se preveía la modificación del artículo 448.bis LECrim cuyo contenido se traslada al artículo 449.ter en el Proyecto de LOPIVI. Aquella modificación planteaba como necesaria la prueba preconstituida de menores de catorce años y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El Consejo Fiscal se mostró favorable a dicha modificación, proponiéndose en el presente informe su extensión a todas las víctimas que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad en los términos apuntados anteriormente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito y del propio artículo 2.7 del Anteproyecto objeto de este informe.

Siguiendo con esta argumentación, que pretende que las víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad acudan una sola vez a prestar declaración en sede judicial, el Consejo Fiscal considera que la preconstitución de la prueba y su reproducción en el acto de juicio oral debe ser la regla general y no una excepción, lo que implica la modificación de los artículos 703.bis, 707, 730, 777.3 y 788 LECrim en los términos del Anteproyecto de LOPIVI y que –como ya se ha manifestado– el Consejo Fiscal valoró



positivamente. Por tanto, se trata de extender dicha protección en el ámbito procesal a las víctimas de violencias sexuales y a todas aquellas que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad.

Artículo 34

Nada se objeta a la modificación propuesta que consiste en introducir “*la imagen de las víctimas*” al establecer la autorregulación de los medios de comunicación social en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. La referencia a la imagen de las víctimas resultaría redundante si se entiende que el derecho a la propia imagen es uno de los derechos que tiene toda víctima.

13.12. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEGUNDA. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Se propone la modificación de los arts. 42.1; 47; 48 y 49.

Nada se objeta a la modificación propuesta, toda vez que la misma consiste en la adecuación de la terminología utilizada en estos artículos a la utilizada en la reforma propuesta del Código Penal, así como en el uso de lenguaje inclusivo en los artículos 47 y 48.

Únicamente cabría señalar que en el artículo 48 propuesto se elimina la referencia a la “discriminación grave”, siendo sustituida por “*discriminación*”. La eliminación del concepto “grave” puede afectar al principio de proporcionalidad puesto que se establece la misma pena para conductas tales como el acoso sexual y para cualquier tipo de discriminación, al tiempo que se dificulta su distinción de las infracciones disciplinarias consistentes en “*discriminación*” (artículo 7.30 LO 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).



13.13. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOTERCERA. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Se propone la modificación de los artículos 37.8; 40.4; 45.1.n); 49.1.m); 53.4.b); 55.5.b).

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

13.14. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCUARTA. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Se pretende la modificación de los artículos 49.d); 82.1 y 89.1.d) y .5.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

13.15. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOQUINTA. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Se propone la modificación de los artículos 165.5; 207.1.5.d); 267.1.2.b); 267.3.b); 271.3.b); 300; 331.1.d); 332.1.c); 335.1.4.a); 335.2.d); 336.d) y 337.2.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.



13.16. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA. Naturaleza de la presente ley orgánica.

Nada se objeta al respecto.

13.17. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSÉPTIMA. Título competencial.

Nada se objeta al respecto.

13.18. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCTAVA. Especialización en violencias sexuales.

Se prevé que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, *“dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados”*.

Se valora positivamente el espíritu que parece inspirar esta previsión. No obstante, la generalidad con la que se formula impide una toma de postura razonada.

Por un lado, se hace referencia a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales; por otro, se prevé la revisión de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la Unidad



Especializada de violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados.

La referencia a "*violencias sexuales*" y la atribución de su conocimiento a los Juzgados de violencia sobre la mujer resulta coherente con lo establecido en el Convenio de Estambul al configurar las violencias sexuales como una forma más de violencia contra la mujer.

Ahora bien, el Anteproyecto incluye en el concepto de violencias sexuales otros tipos delictivos además de los recogidos en el Título VIII del Libro II Código Penal y se dirige a víctimas mujeres, niñas y niños. En este último caso, los niños, la previsión contenida en el Anteproyecto no deriva del Convenio de Estambul, sino de la Convención de Derechos del Niño.

En la actualidad, los Juzgados de violencia sobre la mujer conocen asuntos en los que las víctimas son niñas y niños "*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*".

No puede obviarse que se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia que contiene una previsión similar de "*creación de la jurisdicción especializada en infancia, familia y capacidad*" (Disposición Final Duodécima), lo que podría traducirse en solapamientos en determinados asuntos.

La referencia a los Juzgados de violencia contra la mujer parece centrar la especialización de los órganos judiciales en la fase de instrucción de los procedimientos, sin realizar mención alguna a la necesaria especialización en la fase de enjuiciamiento.



La previsión contenida en la Disposición final decimoctava requiere un estudio profundo del incremento de procedimientos para los órganos existentes y de la necesidad de creación de nuevos órganos judiciales o la transformación de los existentes, sin que pueda ignorarse la existencia de Juzgados de violencia sobre la mujer no exclusivos en la materia en aquellos partidos judiciales de menor tamaño.

13.19. DISPOSICIÓN FINAL DECIMONOVENA. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en que el Gobierno remita a las Cortes Generales en el plazo de un año un proyecto de reforma de la Ley de asistencia jurídica gratuita para garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

13.20. DISPOSICIÓN FINAL VIGÉSIMA. Modificaciones reglamentarias.

Nada se objeta al respecto.

13.21. DISPOSICIÓN FINAL VIGESIMOPRIMERA. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Nada se objeta al respecto.

13.22. DISPOSICIÓN FINAL VIGESIMOSEGUNDA. Entrada en vigor.

Nada se objeta al respecto.

Madrid, a 2 de febrero de 2021

Dolores Delgado García

112





VOTO DISCREPANTE DE LOS VOCALES ELECTIVOS DEL CONSEJO FISCAL PROPUESTOS POR LA ASOCIACION DE FISCALES CON RELACIÓN A LA PROPUESTA DE MODIFICACION DE LOS ARTÍCULOS RELACIONADOS CON LA PROSTITUCIÓN.

El informe asumido por la mayoría de los miembros del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, con relación a la disposición final quinta de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en cuanto a la propuesta de modificación de los artículos relativos a la prostitución, Arts. 187, la introducción de un nuevo 187 bis y mantenimiento de la redacción del actual 188, proponiendo incluso correcciones y redacciones alternativas, no puede ser compartido por los miembros electivos del Consejo Fiscal propuestos por la Asociación de Fiscales, ya que entendemos que la propuesta de regulación que se nos presenta, se aleja de la postura abolicionista sostenida por la Fiscalía General del Estado, por constituir tanto la trata de personas con fines de explotación sexual como la prostitución, una de las manifestaciones más aberrantes de la violencia sobre la mujer, ya que constituye un atentando contra la dignidad de la persona.

La propia Fiscalía General del Estado en su memoria de 2019 tras asumir la tesis abolicionista indicó la necesidad de transponer la tipificación de los delitos de proxenetismo de la manera que exige el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950 adaptándolo a la realidad actual siguiendo las indicaciones de la legislación francesa.

La trata con fines de explotación sexual es un delito directamente vinculado con el crimen organizado (Protocolo de Palermo en materia de trata de seres humanos que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado) y constituye un negocio criminal superior al tráfico de



drogas. El proxenetismo (Industria del sexo) resulta ser un negocio extraordinariamente rentable, pues según cálculos policiales alcanza unos beneficios diarios que superan los cinco millones de euros, la mayor parte en dinero negro. Se trata de delitos relacionados con otras figuras penales como el tráfico ilícito de migrantes, el blanqueo de capitales, la corrupción y el tráfico de sustancias estupefacientes.

El conocimiento de la realidad española nos lleva a la conclusión objetiva de que la trata de mujeres con fines de explotación en la prostitución y la propia prostitución constituye:

PRIMERO. Una de las manifestaciones más aberrantes de la violencia contra la mujer, tanto cuantitativamente -entre 2013 y 2019, si se extrapolan los datos suministrado por el CITCO en 2017 podría cifrarse en un número superior a las 168000 víctimas-, como cualitativamente, así prácticamente todas las mujeres explotadas son extranjeras; cada año se detectan más víctimas menores de edad; su captación se obtiene abusando de su patente necesidad, escasísima formación y evidente pobreza; muchas de ellas han sido vendidas, permutadas, torturadas, golpeadas, marcadas, humilladas, amenazas y coaccionadas de todas las maneras inimaginables siendo común la amenazas a su familiares; sometidas a actividades sexuales especialmente depravadas, acuarteladas 24 horas; el grado de sufrimiento es tal que alguna de ellas queda marcadas de por vida con graves lesiones psicológicas, llegando a asumir que la culpa de todo lo que les sucede es propia; al ser liberadas muchas de ellas no pueden retornar a sus países de origen al no ser bien recibidas por su comunidad, incluso rechazadas por sus padres y familiares; en la mayoría de las ocasiones no colaboran con la justicia al persistir las amenazas directas; sufren trastornos psicológicos postraumático y estrés disociativo; en alguna modalidad (lover boy) se dan las mismas características de la violencia de género en pareja; la mayoría de las mujeres plenamente identificadas como víctimas de trata de seres y el cien por cien de



las consideradas en situación de riesgo han sido localizadas ejerciendo la prostitución en la calle, en establecimientos de alterne, clubes o pisos regentados en régimen de proxenetismo consentido, caravanas, roulotte incluso cuevas.

SEGUNDO. Un atentado contra la dignidad de la persona prostituida al privarle de su condición de persona y convertir su cuerpo en mercancía. Una sociedad respetuosa con los derechos fundamentales que surgen desde el reconocimiento de la dignidad humana no puede aceptar la compra del cuerpo de un ser humano en ningún caso ya para convertirla en vientre de alquiler, ya para disponer de alguno de sus órganos o fluidos, ya para convenirse en instrumento sexual. Decir que *“las mujeres tienen el derecho de venderse, es esconder el hecho de que los hombres tienen derecho a comprarlas”* (Françoise Héritier). No puede prevalecer el interés económico de las redes criminales a consta del sufrimiento de miles de mujeres condicionadas por la pobreza y la necesidad. La prostitución es la manifestación más violenta del sistema patriarcal (Marie-George Buffet). En una sociedad en donde los cuerpos de las mujeres son considerados mercancía, la igualdad entre mujeres y hombres es imposible (Maud Olivier). Resulta en definitiva ser responsabilidad del Estado prevenir alternativas a la aceptación voluntaria de la esclavitud.

Todo ello nos lleva a considerar, que es necesario en profundidad una reforma de los tipos penales relativos a la prostitución, que comprenda la tipificación de todas las manifestaciones del proxenetismo, única manera de combatir la invisibilidad de la explotación sexual y acabar con el torticero, falso y engañoso mensaje de que la prostitución es una actividad laboral no reglamentada vinculada al ocio y que los chulos, proxenetas y rufianes, no son tales sino empresarios del sexo, y que la mujer que ejerce la prostitución lo hace porque quiere.



Dichas afirmaciones desconocen los valores de igualdad de género y proscripción de todo tipo de violencia. No resulta consecuente intentar evitar que se utilice a la mujer como objeto decorativo, para luego en la misma legislación admitir el proxenetismo y por el tanto el hecho de que la mujer pueda autorizar su propia explotación, esto es que sea "cosificada", convertida en mercancía.

La realidad en España afecta fundamentalmente a mujeres extranjeras, pobres y extraordinariamente vulnerables. La atipicidad de éste "negocio" constituye un manto protector del tratante, que salvo excepciones muy significativas gozan de la presunción del consentimiento de la mujer.

Por ello no podemos compartir la propuesta de regulación del Anteproyecto. De hecho se desconocen los principios y las razones que han llevado al redactor del mismo a presentar esta incompleta reforma, que parte de unos postulados a nuestro juicio erróneos, pues no garantiza la persecución de todas las formas de proxenetismo, no se ajusta a las previsiones del convenio ya mencionado, utiliza una técnica legislativa defectuosa, limitándose a incluir la denominada prostitución locativa (Art 187 bis) y una precisión insuficiente en relación con la explotación consentida (Art 187.2).

Los redactores del Anteproyecto, o bien no han analizado convenientemente cual es la realidad criminal, o bien valoran dicha realidad de manera muy distinta a la que llevan a cabo los expertos cualificados y reconocidos tanto nacionales como internacionales en la lucha contra la esclavitud moderna. De hecho, se desconocen los principios y razones que ha llevado al redactor del Anteproyecto a proponer dicha reforma, ya que en la exposición de motivos nada se aclara más allá de afirmar que se trata de una "modalidad de violencia sexual" para luego afirmarse a nuestro juicio de manera equivocada, que la reforma propuesta "mejora la tipificación penal del proxenetismo en aras a hacer más efectiva la persecución de las conductas, especialmente a través de



una nueva redacción del tipo, que contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo” llamando la atención que se introduce un nuevo tipo penal “quien destine un inmueble a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona”.

La reforma no satisface en definitiva las exigencias del sentir mayoritario de la legislación española en esta materia. Sí se afirma que la prostitución es una forma de violencia sobre la mujer, debería profundizarse en el rol de todos los causantes, proxenetas y clientes, y las razones por las que se aparta de las recomendaciones del Segundo informe sobre la lucha contra la trata de seres humanos en Europa del año 2018 emitido por la Comisión Europea en la que se anima a los estados miembros a la tipificación penal de los que conscientemente se aprovechan de los servicios prestados por las víctimas de trata. No explica por qué no se considera procedente tipificar todos y cada uno de los supuestos de proxenetismo previstos por los instrumentos internacionales de referencia, manteniendo la misma fallida sistemática, diferenciando la prostitución de menores y mayores como entidades criminológicas diferenciadas, manteniendo los mismo supuestos agravados, sin considerar medios actuales de captación o prescindiendo de la gravedad de determinadas conductas que interfieren o se proyectan en los programas de recuperación y protección de víctimas. No se acude a la tipificación de determinados indicadores de explotación para limitar el arbitrio judicial y lograr una efectividad patente en la lucha contra la explotación sexual.

Los artículos siguen estando desvinculados del delito antecedente de trata, lo que augura que de no modificarse los tipos penales, van a tener la misma aplicación ineficaz que la reforma del 2003 y de la del 2015, al mantener prácticamente inmutable el tipo básico del artículo 187 del CP que se hace depender de la existencia de un conjunto de medios comisivos, manteniéndose por lo tanto todos los impedimentos para su persecución y que la propia Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2019 ha puesto de manifiesto.



Todo el que conozca el fenómeno en profundidad y se dedique a la persecución de estos hechos delictivos, conoce la imposibilidad de probar la existencia de situaciones de abuso como de ciertas formas de intimidación y engaño. La realidad muestra que se exige- y la propuesta de reforma lo mantiene- un comportamiento activo y muchas veces heroico de las víctimas en el proceso. Al Ministerio Fiscal se le impone la labor imposible de probar la ausencia del consentimiento, lo cual resulta sumamente desconcertante, tomando en consideración la modificación proyectada del Título VIII del Libro II del C.P, que recoge como nuevo paradigma, el consentimiento como eje central sobre el que pivotan todas las conductas típicas.

En la propuesta de reforma se siguen manteniendo, como arriba apuntamos dos modalidades diferenciadas según la mayoría o la minoría de edad, lo cual resulta contrario al espíritu y a la letra del artículo 1 de la Convención de Nueva York. El delito no es la prostitución coactiva, es el proxenetismo o favorecimiento de la prostitución de cualquier ser humano. Se sigue proponiendo el mantenimiento del tipo de explotación lucrativa de la prostitución, estableciendo un subtipo agravado nuevo por el uso de los medios comisivos descritos en el apartado anterior lo que provoca confusiones y un difícil deslinde por el principio de especialidad. ¿Qué se entiende por aprovechamiento? ¿Qué se entiende por relación de dependencia o subordinación? ¿Se refiere a las mismas condiciones que sustentan la relación laboral por cuenta ajena? manteniéndose finalmente una relación de supuestos agravados que permanecen inalterables o con matizaciones irrelevantes al poder ser resueltas por la vía del concurso de delitos.

Se incorpora un nuevo artículo 187 bis, definiéndose de manera abierta "al que" (¿Dueño, administrador, encargado, arrendador, usufructuario?) concurriendo ánimo de lucro (¿Por?) y habitualidad (¿Por?), destine un inmueble, local o establecimiento abierto o no al público (¿y los otros posibles lugares?).



No se plantea ni siquiera introducir figuras favorecedoras de la liberación de las víctimas y de favorecimiento de la persecución como los supuestos de desistimiento en la tentativa y arrepentimiento activo.

La propuesta de reforma en definitiva no satisface las exigencias del Convenio de Nueva York de 1950 (artículos 1º y 2º), ni sigue el paradigma del modelo aprobado por la ley francesa de 13 de abril de 2016 que sí pretende combatir eficazmente la explotación de mujeres a través de la prostitución.

Por todo ello, y por alejarse, de lo compromisos internacionales asumidos y de los propios postulados mantenidos por la Fiscalía General del Estado, consideramos que procede su devolución, con el deseo de que se materialice una propuesta de regulación que, tomando como modelo las legislaciones más actualizadas, responda a la filosofía que dice informar el presente Anteproyecto.

Sería conveniente una ley que no sólo modifique el Código penal, sino que también regule medidas específicas de prevención del delito y protección de las víctimas que vele adecuadamente por el bien jurídico principal, que no es otro que la dignidad de todo ser humano. En este tipo de delitos la protección de la víctima tiene que estar por encima de cualquier otra consideración.

La propuesta acogida por el Anteproyecto en esta materia genera en definitiva grandes espacios de impunidad y no satisface la lucha contra la explotación sexual o esclavitud de las mujeres en una sociedad contemporánea.

ANEXO VI

**Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía
integral de la libertad sexual**

Número de expediente: 393/2021 (IGUALDAD)

Referencia:

393/2021

Procedencia:

IGUALDAD

Asunto:

Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual.

Fecha de aprobación:

10/06/2021

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el 10 de junio de 2021, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen con el voto concurrente del Consejero Sr. Ortega y Díaz Ambrona, que se copia a continuación:

"El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de V. E. de 17 de mayo de 2021, con registro de entrada el día 18 de mayo siguiente, ha examinado con carácter urgente, el expediente relativo a un anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

ANTECEDENTES

Primero. El anteproyecto de Ley Orgánica objeto del expediente

El expediente tiene por objeto un anteproyecto de Ley Orgánica

de Garantía Integral de la Libertad Sexual, fechado el 18 de mayo de 2021, una disposición transitoria, y que consta de una exposición de motivos, 61 artículos, agrupados en ocho títulos, una disposición adicional, una disposición derogatoria y 22 disposiciones finales (en lo sucesivo, "el Anteproyecto").

La exposición de motivos destaca, en su punto I, que las violencias sexuales "constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afecta de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños". Se consideran violencias sexuales, dice la exposición de motivos, "los actos de naturaleza sexual no consentidos o que

condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado", incluidas las conductas tipificadas en el Código Penal, precisando a continuación que la ley orgánica proyectada "pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital", así como que "se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual", e igualmente "el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual".

Se expone que "las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida", y que, además, "impactan en el derecho a decidir libremente", para a continuación dejar constancia de la mayor visibilidad social que han obtenido en los últimos años, en los que "se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación".

Las violencias sexuales, dice el Anteproyecto, no son una cuestión individual, sino social; y la respuesta a las mismas "debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado".

Hace también referencia la exposición de motivos a la necesidad de garantizar una protección de los niños y niñas menores de dieciocho años con medidas específicas, así como dar respuesta a "la indefensión específica sufrida por las mujeres mayores debido a la persistencia de esquemas patriarcales".

Además de la edad, "la discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad de género, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil".

La ley orgánica, concluye este punto I, "pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas", y confiere "una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinarias de actuación institucional y profesional especializada y coordinada".

El punto II de la exposición de motivos hace un detallado recorrido por los distintos instrumentos internacionales sobre la materia, comenzando por el Convenio de Estambul; los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas; el Convenio de Lanzarote; y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía

infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Destaca también la exposición de motivos los importantes avances normativos y de políticas públicas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra las mujeres que se han desarrollado en España, en particular la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Señala, sin embargo, que, a pesar de los avances, el abordaje integral de las violencias sexuales "constituye, actualmente un desafío pendiente al que esta ley pretende dar respuesta". Relata a continuación las reformas que organismos como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité de los Derechos del Niño, todos ellos de las Naciones Unidas, así como el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GRIEVO; en particular, en el primer informe de evaluación de la aplicación del Convenio de Estambul), han recomendado hacer en España en esta materia. La ley orgánica, concluye este punto II, "pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales".

El punto III de la exposición de motivos da cuenta detalladamente del contenido del anteproyecto de ley orgánica.

El punto IV se dedica a la justificación del carácter de ley orgánica que reviste el texto. Comienza a estos efectos reproduciendo el artículo 53 de la Constitución, señalando que "la regulación contenida en la presente ley desarrolla derechos fundamentales, y en la medida en que, a este efecto, modifica disposición de rango legal tanto orgánicas como ordinarias, procede su aprobación como ley orgánica". Cita en este sentido un dictamen del Consejo de Estado y varias sentencias del Tribunal Constitucional, señalando que el núcleo de la norma "es el desarrollo del derecho fundamental a la libertad sexual, dimanante de los artículos 15 y 17 de la Constitución". Por ello, concluye que su naturaleza jurídica es "la de una ley orgánica parcial, esto es, aquella cuyo contenido tiene naturaleza de ley orgánica en algunos de sus preceptos y, por consiguiente, se beneficia de los atributos de ley orgánica, mientras que el resto de aquéllos, no obstante estar dentro del mismo texto legal, tendrían naturaleza de preceptos de ley ordinaria".

Por último, la exposición de motivos concluye con un punto V dedicado a la adecuación a los principios de buena regulación, que también se analizan en detalle.

Por lo que se refiere a su parte dispositiva, la legislación preparada responde a la siguiente sistemática y distribución de contenidos:

TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales.

Artículo 1. Objeto y finalidad. Artículo 2. Principios rectores. Artículo 3. Ámbito de aplicación.

TÍTULO I. Investigación y producción de datos.

Artículo 4. Investigación y datos. Artículo 5. Órgano responsable. Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.

TÍTULO II. Prevención y detección.

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización.

Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo. Artículo 8. Prevención y sensibilización en el ámbito sanitario, sociosanitario y de servicios sociales. Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información. Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación. Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario. Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral. Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública. Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense. Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y en lugares de privación de libertad. Artículo 16. Espacios públicos seguros.

CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales.

Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales. Artículo 18. Detección y respuesta en el ámbito educativo. Artículo 19. Detección e intervención en el ámbito sanitario. Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de Servicios Sociales. Artículo 21. Detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado.

TÍTULO III. Formación.

Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación. Artículo 23. Formación en el ámbito docente y educativo. Artículo 24. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales. Artículo 25. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Artículo 26. Formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia. Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía. Artículo 28. Formación en el ámbito forense. Artículo 29. Formación en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia. Artículo 30. Formación del personal en el exterior. Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios.

TÍTULO IV. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho.

Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible. Artículo 33. Derecho a la información. Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible. Artículo 35. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular. Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda.

Artículo 37. Derechos laborales y de Seguridad Social. Artículo 38. Programa específico de empleo. Artículo 39. Derechos de las funcionarias públicas. Artículo 40. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales. Artículo 41. Acceso a la vivienda.

TÍTULO V. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo 42. Actuación policial especializada. Artículo 43. Investigación policial. Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo. Artículo 45. Colaboración policial.

TÍTULO VI. Acceso y obtención de justicia.

CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito.

Artículo 46. Unidades de valoración forense integral. Artículo 47. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas.

Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial. Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad. Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

TÍTULO VII. Derecho a la reparación.

Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación. Artículo 52. Indemnización. Artículo 53. Pensión de orfandad y prestación de orfandad. Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición. Artículo 55. Fondos para la reparación a las víctimas. Artículo 56. Reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho.

TÍTULO VIII. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica.

Artículo 57. Estructura institucional. Artículo 58. Colaboración para una intervención coordinada. Artículo 59. Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas. Artículo 60. Mesa

de coordinación estatal sobre violencias sexuales. Artículo 61. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

Disposición adicional única. Aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias machistas.

Disposición transitoria única. Aplicación de medidas.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Disposición final séptima. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Disposición final octava. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Disposición final novena. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Disposición final décima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Disposición final decimoprimer. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Disposición final decimosegunda. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición final decimoquinta. Naturaleza y rango jurídico.

Disposición final decimosexta. Título competencial.

Disposición final decimoséptima. Especialización en violencias sexuales.

Disposición final decimoctava. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

Disposición final decimonovena. Fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual.

Disposición final vigésima. Modificaciones reglamentarias.

Disposición final vigesimoprimera. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor.

Segundo. Memoria del análisis de impacto normativo

El anteproyecto de Ley Orgánica se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo, también fechada el 18 de mayo de 2021, precedida de una ficha-resumen ejecutivo.

La Memoria empieza por analizar la oportunidad de la propuesta normativa en términos prácticamente idénticos a los puntos I y II de la exposición de motivos y reproduciendo el contenido del artículo 1.3 del Propio Anteproyecto a efectos de indicar los fines que con él se persiguen, añadiendo también "el objetivo fundamental de adecuar el marco normativo a los tratados internacionales suscritos por España y, en coherencia con las demandas sociales y del movimiento feminista, adecuar la normativa penal a un modelo que ponga en el centro el consentimiento, modelo que, en el ámbito internacional, es conocido como el "yes model", existente en Gran Bretaña y Suecia, entre otros países".

Bajo la rúbrica "análisis de alternativas", apunta la Memoria que, "teniendo en cuenta la situación de partida analizada en el apartado sobre impacto de género, así como las recomendaciones internacionales (...) se considera que no existe otra alternativa que la actuación frente a las violencias sexuales sufridas por las mujeres. Es necesaria la aprobación de una norma ad hoc que no solo lleve a cabo las modificaciones normativas precisas, especialmente en el ámbito penal, sino que, además, cree un marco general e integral de prevención, protección y reparación".

Por otro lado, entiende que "teniendo en cuenta el contenido actual de la norma, no resulta posible (...) aprobarla con rango de ley ordinaria, pues en ella se incluyen modificaciones a leyes orgánicas", y tampoco considera procedente regular separadamente esas modificaciones en una ley orgánica y dejar el resto del texto proyectado a una ley ordinaria, pues "la norma tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la libertad sexual de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación". Entiende, en resumen, que el núcleo de la norma "es el desarrollo del derecho fundamental a la libertad sexual, dimanante de los artículos 15 y 17 de la Constitución", y que la separación, "en una ley orgánica distinta, de las disposiciones finales de la misma y, en particular, de las modificaciones del Código Penal, que constituye contenido nuclear de la norma (conocida informalmente como la Ley del solo sí es sí), implicaría una verdadera desnaturalización de la misma".

Resume a continuación "el proceso de toma de decisiones en lo que respecta a las siguientes materias":

* **Ámbito subjetivo:** La finalidad es contemplar la violencia sexual como violencia de género, que sufren de manera desproporcionada las mujeres por el mero hecho de serlo, aunque se ha considerado que, si bien la protección genérica de la infancia y la adolescencia frente a los diferentes tipos de violencia viene establecida en otras normas, resulta imprescindible complementar mediante esta norma dicho suelo básico con medidas específicas para garantizar la protección de las niñas y niños frente a las violencias sexuales. * **Definiciones y ámbito objetivo:** Se han eliminado las definiciones que contenían versiones anteriores, por no tener un carácter normativo. En cuanto a la inclusión de la trata, subraya que su regulación integral habrá de llevarse a cabo mediante otra norma ad hoc, y que otras formas de violencia contempladas en el Convenio de Estambul, como la esterilización forzada (artículo 156 del Código Penal) o el aborto forzado (artículo 144 del Código Penal), pretenden abordarse mediante la futura modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. * Con el fin de minimizar los trámites que podrían desincentivar la denuncia o retrasar la protección de las víctimas, se ha optado por: contemplar otros medios posibles de acreditación de la violencia, además de la sentencia condenatoria por la comisión de un delito de violencia sexual; la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias no estará condicionada a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal; en relación con las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular, se modifica el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que permite no incoar o suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador ya abierto

también en el caso de mujeres víctimas de violencias sexuales. Incluso se permite a estas mujeres solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. * Asistencia jurídica gratuita: Se establecerá para mujeres, niñas y niños víctimas de violencias sexuales, un año después de la aprobación de la norma. * Ayudas económicas: Se considera justificado avanzar e incrementar la protección de las víctimas de violencias sexuales respecto del actual statu quo tuitivo. * Modificación del artículo 178 del Código Penal: Es adecuado tratar como agresión sexual cualquier conducta sexual que se realice sin consentimiento, en la línea de lo establecido en el artículo 36 del Convenio de Estambul y de lo apuntado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No es solo una cuestión nominal, pues no es suficientemente clara la distinción entre modalidades de agresión y de abuso, como lo demuestran las relativas al uso de drogas o al prevalimiento; además, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos, como los patrimoniales, en este ámbito la conducta puede resultar igual de grave desde el momento en que no hay consentimiento. No se cumple necesariamente mejor con el principio de proporcionalidad graduando la gravedad del ataque por la concreta modalidad empleada. En cuanto a la definición del consentimiento, las ventajas de optar por un modelo positivo o de afirmación del consentimiento ("yes model") pasan por dejar claro que el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente la voluntad de participar en el encuentro sexual, no puede interpretarse como consentimiento. * Marco penológico: Se produce una pequeña reducción del límite máximo porque ese va a ser a su vez el límite mínimo del delito de violación y, teniendo en cuenta que en este delito de violación se van a incluir conductas que antes eran de abuso sexual cualificado, se puede entender que no se debería configurar una pena mayor que la que tiene actualmente este delito de abuso cualificado por acceso o introducción de miembros u objetos, siendo coherente con la idea de modificar, pero no necesariamente agravar, la pena del actual delito de abuso. La rebaja del límite mínimo del delito de violación resulta necesaria por ese hecho de incluir conductas hasta ahora castigadas como delito de abuso sexual con acceso. El hecho de que el delito agravado de agresiones sexuales vea ligeramente rebajada su pena encuentra justificación, por una parte, en la necesidad de respetar el límite mínimo que tenía el abuso agravado y, por otra parte, en el hecho de que actualmente el salto de pena entre el tipo básico de agresión sexual y el tipo agravado de agresión sexual puede resultar excesivo o desproporcionado. En relación con el tipo atenuado, se establece la pena en su mitad inferior, con lo que se evita la rebaja de la pena que habría supuesto establecer la condena del tipo atenuado en la pena inferior en grado. Para los delitos contra la libertad sexual de los menores, la regulación que se propone en la reforma no supone una modificación en cuanto a la pena en comparación con la regulación actual, en su caso implicaría más bien una agravación por cuanto permite que conductas que antes era calificadas de mero abuso

sexual a menores ahora sean delitos de agresión sexual a menores, con una pena en principio mayor. En el caso de la agresión sexual a menores de 16 años con acceso carnal se mantienen los límites máximos y se reducen los límites mínimos porque conductas en las que no medie violencia ni intimidación pero que podrían ser calificadas como agresión sexual de acuerdo al artículo 178, pasan a conformar el tipo agravado. En cuanto al límite mínimo, en congruencia con un mayor abarcamiento de conductas en el tipo, ha de reducirse, al igual que es lógico que dicha reducción se produzca también en el caso de que exista acceso pero la conducta no cuente con los elementos del tipo del 178. * Delito de proxenetismo: El principal objetivo de la reforma es ampliar el alcance del delito de proxenetismo del artículo 187.1, párrafo segundo, del Código Penal, para que se incluyan también los casos de "proxenetismo no coercitivo", en ocasiones excluidos por una interpretación restrictiva de la doctrina y de los tribunales, indicando en este sentido que debía existir una relación de dependencia o subordinación entre la víctima y el proxeneta. Se deja claro al mismo tiempo que la explotación no es cualquier forma de enriquecimiento derivado de la prostitución ajena, sino el enriquecimiento que se produce mediante la explotación. Se regula en apartados diferentes y con penas claramente diferentes los delitos de determinación coactiva a la prostitución y los delitos de explotación de la prostitución ajena. Se insiste en que el proxenetismo se castiga aunque la prostitución no sea estrictamente coactiva. Se establece que la explotación supone una relación de dependencia o subordinación de la víctima y se evita castigar conductas menos graves de meros enriquecimientos de la prostitución ajena. Se ha valorado la propuesta del Consejo Fiscal, en la que, además de ampliarse el concepto de lucro para incluir la obtención de cualquier beneficio, se prescinde de la referencia a la explotación de una relación de dependencia o subordinación, que solo se tendría en cuenta para una modalidad agravada. No obstante, ello supondría castigar cualquier tipo de conducta que de alguna manera favorezca el ejercicio de la prostitución, que es el planteamiento que se critica desde posiciones no abolicionistas, en la medida en que ello podría suponer como efecto inmediato una marginación o desprotección de las prostitutas. * Tercería locativa: El Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial han propuesto considerar la habitualidad como rasgo distintivo de un eventual tipo agravado; no obstante, hay que tener en cuenta que la gravedad de la conducta en este caso es menor que la de quien directamente explota la prostitución ajena.

La Memoria concluye su apartado I analizando la adecuación a los principios de buena regulación, en los mismos términos que la exposición de motivos.

El apartado II de la Memoria se dedica a la descripción del contenido del Anteproyecto, destacando sus aspectos más importantes.

El apartado III, "Análisis jurídico", comienza examinando el fundamento jurídico y rango normativo del Anteproyecto, enumerando los instrumentos nacionales e internacionales de los que trae causa, que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y analizando el rango de ley orgánica que se le atribuye, en términos idénticos a los de la exposición de motivos. A continuación, se examina la congruencia del Anteproyecto con el ordenamiento jurídico español, considerándose que es congruente con los artículos los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, así como con las leyes dictadas a su amparo en materia de igualdad, especialmente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Constituye también una específica modalidad de libertad que se imbrica en el contenido del derecho contemplado en el artículo 17.1 de la Constitución, más allá de formar parte de la libertad general de autodeterminación, ahora proyectada a la esfera sexual. Y, al mismo tiempo, alcanza transversalmente a otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la vida (artículo 15.1), y los derechos reconocidos en los artículos 18.1,3 y 4, 20.1, 24.1 y 2, 25.1 y 2, y 27.2 de la Constitución. En fin, precisa la Memoria que la norma entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo el capítulo I del título IV y el título VI, que lo harán a los seis meses de dicha publicación, y subraya que el Anteproyecto contempla la derogación de cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en el mismo.

El apartado IV se dedica a la adecuación de la norma al orden de distribución de competencias, precisando que se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1.1.ª, 2.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 13.ª, 16.ª, 17.ª, 18.ª, 21ª, 27.ª, 29.ª y 30.ª de la Constitución.

El apartado V de la Memoria realiza una descripción de la tramitación a que se ha sometido el Anteproyecto, señalando en primer lugar que no se ha sustanciado consulta pública por concurrir "una razón grave de interés público, como es la necesidad imperiosa y acuciante de garantizar la seguridad y la libertad sexual de las mujeres, como demuestran los datos analizados en la sección de impacto de género y las recomendaciones del GREVIO y la CEDAW". Sí se sustanció el trámite de audiencia e información pública, a través del portal web del departamento, y consulta a las organizaciones o asociaciones representativas de derechos e intereses legítimos afectados, conforme al artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. La Memoria realiza un resumen de las principales aportaciones que se realizaron en dicho trámite. A continuación, se hace referencia al trámite de consulta a las comunidades autónomas previsto en el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, cuyas aportaciones concretas se

recogen en el anexo I de la Memoria, y a los informes de otros departamentos ministeriales, en particular, en su calidad de coproponentes, los de los Ministerios de Derechos Sociales y Agenda 2030, Política Territorial y Función Pública e Interior. También, deja constancia la Memoria, se recabaron los informes de la Agencia Española de Protección de Datos, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, y el Consejo Económico y Social.

El apartado VI de la Memoria contiene el análisis de impactos. En primer lugar, se examina el impacto económico, concluyendo que "no tiene impacto directo sobre la economía en general, más allá del impacto positivo que genera en el sistema toda norma que suponga una mejora en nuestro ordenamiento jurídico, un incremento de la seguridad jurídica y una mayor confianza en las instituciones". Igualmente, estima la Memoria que el Anteproyecto no posee impacto sobre la competencia, la unidad de mercado, ni la competitividad.

En relación con las cargas administrativas, afirma la Memoria que "no se establecen nuevas cargas administrativas. Antes al contrario, la finalidad del texto es facilitar la protección real y efectiva de las víctimas, minimizando para ello los trámites que podrían desincentivar la denuncia o retrasar la protección de las mismas"; sin embargo, "se trata de una reducción de cargas de carácter no económico y, por lo tanto, no cuantificable". En cuanto a la solicitud de reparación simbólica, dice la Memoria que, "partiendo del coste unitario de una solicitud 5 € y suponiendo que solo las víctimas de la expresión más grave de las violencias sexuales, es decir, las víctimas de violación, junto con las víctimas de acoso sexual, hagan efectivo este derecho en una ocasión en total, serían 3.236 mujeres en 2019, según las cifras del Informe sobre Violencia contra la Mujer 2015-2019 del Portal de la Criminalidad del Ministerio del Interior, el coste de esta nueva carga administrativa anualmente sería de 16.180€".

Por lo que respecta al impacto en los Presupuestos Generales del Estado, indica la Memoria que las modificaciones proyectadas llevan consigo la necesidad de algunas dotaciones presupuestarias respecto de las que ya se están destinando en este ámbito. Por las fechas previstas de aprobación y entrada en vigor de la norma, el gasto se materializará en el ejercicio siguiente, reflejándose en su correspondiente presupuesto. No obstante, dado que los presupuestos del Ministerio de Igualdad de 2021 se elaboraron cuando el presente anteproyecto ya estaba en tramitación, estos se anticiparon y contaron con la mayoría de los gastos previstos, por lo que, en la mayoría de las medidas, el coste previsto es el recogido en las partidas correspondientes en el presupuesto del Ministerio de Igualdad de 2021.

A continuación, la Memoria enumera una serie de medidas previstas en el Anteproyecto que no conllevarán nuevo gasto, por poder llevarse a cabo con los recursos económicos, administrativos y humanos

existentes y detalla el conjunto de medidas previstas en el mismo, junto con los recursos presupuestarios necesarios para dar cumplimiento a sus objetivos. Tras cuantificar concretamente el coste que supondrá la adopción de distintas medidas, concluye la Memoria que el impacto presupuestario anual se podría cifrar en 21.559.916€, que deberán reflejarse en los presupuestos de los Ministerios de Igualdad, Trabajo y Economía Social e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para el año 2022. Asimismo, indica la Memoria una serie de medidas que supondrán igualmente un impacto presupuestario en el presupuesto de la Seguridad Social "que precisará de las correspondientes dotaciones en los presupuestos posteriores, si bien no es posible calcular en el momento actual la cuantía exacta de dicho impacto".

En materia de impacto de género, comienza la Memoria con una "Identificación de los objetivos de la norma en materia de igualdad de oportunidades", examinando en primer término, con carácter general, el objetivo del Anteproyecto de proteger a las víctimas de violencias sexuales fuera del ámbito de la pareja o ex pareja, en línea con lo establecido en el Convenio de Estambul y de acuerdo con el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, para, a continuación, precisar esos objetivos en relación con distintos aspectos cuya regulación se aborda. Seguidamente, la Memoria efectúa una amplia "descripción de la situación de partida", basándose en los datos del informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual de 2018, la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, encuestas en el ámbito internacional (de la Organización Mundial de la Salud) y de la Unión Europea (Agencia de Derechos Fundamentales de la UE), el Informe sobre Violencia contra la Mujer 2015- 2019 del Portal de la Criminalidad del Ministerio del Interior, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019. Se expone, con base en todo ello, la extraordinaria proporción en que los distintos delitos sexuales afectan a las mujeres, la medida en que se ven afectados distintos colectivos (extranjeras, niñas), o la existencia de un amplio número de conductas que no llega a ser denunciado. Igualmente, se analizan los datos relativos a las consecuencias psicológicas de las violencias sexuales.

Partiendo de dicho diagnóstico, la Memoria realiza a continuación una "previsión de resultados", apuntando, entre los resultados esperados: un incremento en el número de estudios, encuestas e investigaciones en materia de violencias sexuales; la existencia de datos del itinerario procesal de las víctimas que interponen denuncia; un incremento en el número de campañas de sensibilización e información; en términos de detección temprana, se prevé la elaboración de Protocolos comunes de actuación para la detección y atención a estas violencias en el ámbito sanitario y educativo; en términos de acceso a recursos de atención integral, se prevé la creación de una red de servicios de asistencia especializada descentralizada que

contribuirá a minimizar el riesgo de victimización secundaria; en el marco del proyecto 22 de la política palanca 8 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la aprobación del Plan "España te protege (III)", consistiendo la inversión en la creación de centros de asistencia integral 24 horas a víctimas de violencia sexual en todas las provincias y las ciudades con Estatuto de Autonomía; en el ámbito judicial, el resultado esperado es equiparar el tratamiento de las violencias sexuales al de la violencia de género en el caso de la pareja o expareja y garantizar la especialización de los operadores jurídicos; respecto a la reparación de las víctimas, el resultado esperado es la mejora, en la medida de lo posible, del bienestar de las víctimas; finalmente, la norma supone una contribución al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades, y en concreto al objetivo 5 de los ODS de la Agenda 2030.

En relación con el impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Memoria concluye que la norma tiene un impacto positivo en lo que respecta a las mujeres con discapacidad, pues contempla de manera expresa el principio de no discriminación como uno de sus principios rectores. Además, siguiendo las aportaciones de las asociaciones competentes en dicho ámbito, se garantiza, a lo largo de todo el texto, la accesibilidad por parte de mujeres con distintos tipos de discapacidad a los servicios y derechos contemplados en la norma.

En cuanto al impacto en la infancia y la adolescencia, se subraya que la norma presenta un impacto positivo evidente en lo que respecta a la infancia, en tanto en cuanto forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la norma las niñas y niños víctimas de violencias sexuales, contemplándose además en el articulado servicios especializados para su protección, entre los que cabe destacar el modelo Children's House anglosajón o Barnahus escandinavo.

Por lo que respecta a otros posibles impactos, se considera que tiene un impacto social positivo, ya que se favorece la sensibilización y concienciación contra las violencias sexuales.

En fin, la Memoria incluye un último apartado VII, referido a la evaluación ex post del contenido de la regulación proyectada, en los términos previstos en su propio texto.

Tercero. Contenido del expediente

Junto a los documentos reseñados en los dos previos puntos de estos antecedentes, el material remitido a dictamen de este Consejo incluye:

A) Primera versión del anteproyecto de ley orgánica y de su memoria del análisis de impacto normativo (3 de marzo de 2020).

B) Informes recibidos en el trámite de audiencia e información pública, ex artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno:

1. Informe del Comité Reivindicativo y Cultural de Lesbianas (CRECUL), de 26 de marzo de 2020. 2. Informe de la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE), de 27 de marzo de 2020. 3. Informe de la Asociación El Parto es Nuestro, de 6 de abril de 2020. 4. Informe de la Asociación Española de Psicología Perinatal (AEPP), de 13 de abril de 2020. 5. Informe de la Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales y Violencia Doméstica (ADAVAS), de 20 de abril de 2020. 6. Informe de la Alianza Contra el Borrado de las Mujeres, de 8 de junio de 2020. 7. Informe de Adoratrices, de 12 de junio de 2020. 8. Informe de la Asociación Profesional de Técnicas Superiores de Igualdad de Género de la Comunidad Valenciana (APPROMIG), y de la Asociación Española de Técnicas Superiores en Promoción de Igualdad de Género (AETIG), de 14 de junio de 2020. 9. Informe de la Women´s Human Right Campaign (WHRC), de 15 de junio de 2020. 10. Informe de Amnistía Internacional, de 15 de junio de 2020. 11. Informe de la Asociación Derechos sin Fronteras, de 15 de junio de 2020. 12. Informe de la Federación Nacional de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas (FNAMSD), de 6 de julio de 2020. 13. Informe de la Federación de Mujeres Progresistas (FMP), de 13 de julio de 2020. 14. Informe de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, de 15 de julio de 2020. 15. Informe de la Unión General de Trabajadores (UGT), de 16 de julio de 2020. 16. Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y la Fundación CERMI Mujeres, de 16 de julio de 2020. 17. Informe de Comisiones Obreras (CCOO), de 21 de julio de 2020. 18. Informe del Consejo Nacional de la Discapacidad, de 23 de julio de 2020. 19. Informe de la Confederación de Empresarios (CEOE-CEPYME), de 24 de julio de 2020. 20. Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (FISI), de 24 de julio de 2020. 21. Informe de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), de 24 de julio de 2020. 22. Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, de 28 de julio de 2020. 23. Informe del Foro Social contra la Trata, de 28 de julio de 2020. 24. Informe del Consejo de Participación de la Mujer, de 19 de enero de 2021

C) Informes de las comunidades autónomas, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre:

1. Informe de la Comunidad Valenciana, de 10 de julio de 2020. 2. Informe de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de 13 de julio de 2020. 3. Informe de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 23 de julio de 2020. 4. Informe de la Comunidad de Madrid, de 23 de julio de 2020. 5. Informe de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 24 de julio de 2020. 6. Informe de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 24 de julio de 2020. 7. Informe

de la Comunidad Foral de Navarra, de 24 de julio de 2020. 8. Informe de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de 24 de julio de 2020. 9. Informe de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 27 de julio de 2020. 10. Informe de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 29 de julio de 2020. 11. Informe de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 6 de agosto de 2020.

D) Informes de departamentos ministeriales, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre:

1. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de 15 de julio de 2020. 2. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, de 20 de julio de 2020. 3. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y Deporte, de 21 de julio de 2020. 4. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de 22 de julio de 2020. 5. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de 23 de julio de 2020. 6. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 24 de julio de 2020. 7. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, de 24 de julio de 2020. 8. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 31 de julio de 2020. 9. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, de 2 de septiembre de 2020. 10. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de 5 de agosto de 2020. 11. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Universidades, de 9 de septiembre de 2020. 12. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda, de 9 de septiembre de 2020. 13. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 10 de septiembre de 2020. 14. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Formación Profesional, de 10 de septiembre de 2020. 15. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, de 11 de septiembre de 2020. 16. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, de 16 de septiembre de 2020. 17. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia e Innovación, de 29 de septiembre de 2020. 18. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de 29 de septiembre de 2020. 19. Segundo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de 3 de noviembre de 2020. 20. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Consumo, de 16 de noviembre de 2020. 21. Segundo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de 19 de

noviembre de 2020. E) Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 23 de julio de 2020.

F) Informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, de 16 de septiembre de 2020, ex artículo 26.9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

G) Segunda versión del anteproyecto de ley orgánica y de la MAIN. Versión enviada a los órganos consultivos, de 22 de octubre de 2020.

H) Informes órganos consultivos:

1. Informe del Consejo Económico y Social, de 25 de noviembre de 2020, ex artículo 7.1.1.1 a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social. 2. Informe del Consejo Fiscal, de 2 de febrero de 2021, ex artículo 14.4 j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. 3. Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de febrero de 2021, de conformidad con el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

I) Tercera versión del anteproyecto de ley orgánica y su MAIN. Versión enviada de nuevo a los departamentos ministeriales, de fecha 22 de abril de 2021.

J) Informes departamentos ministeriales:

1. Segundo informe del Ministerio del Interior, 29 de abril de 2021, ex artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997. 2. Tercer informe del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de 30 de abril de 2021, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 3. Segundo informe del Ministerio de Economía y Transformación Digital, de 30 de abril de 2021, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997. 4. Segundo informe del Ministerio de Universidades, de 30 de abril de 2021, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 5. Segundo informe del Ministerio de Educación, de 30 de abril de 2021, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 6. Segundo informe del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, de 5 de mayo de 2021, ex artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 7. Segundo informe del Ministerio de Hacienda, de 7 de mayo de 2021, ex artículo 26.5, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 8. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 2021, ex artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 9. Segundo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública de 13 de mayo de 2021, ex artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. 10. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad, de 18 de mayo

de 2021, ex artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

CONSIDERACIONES

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

Primera. Objeto y competencia

El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

La presente consulta a este Cuerpo Consultivo tiene carácter preceptivo en aplicación del artículo 21, número 2, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prevé que se sometan a dictamen del Pleno de este Consejo, con dicho carácter, los "Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo", en la medida en que el Anteproyecto se dicta en el marco de distintos instrumentos jurídicos internacionales, en particular el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa, abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 en Estambul y ratificado por España el 18 de marzo de 2014 (Instrumento publicado en el BOE el 6 de junio).

Con arreglo a lo establecido en el artículo 19 de la mencionada Ley Orgánica 3/1980, la consulta se ha efectuado con carácter urgente, "con el objeto de que el dictamen sea emitido antes del 11 de junio de 2021".

El presente dictamen se ha recabado en unos plazos notoriamente más reducidos que los que se han concedido a otros órganos preinformantes, como el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, lo que ha reducido extraordinariamente el plazo de que ha dispuesto el Pleno de este Consejo para formar su criterio sobre esta muy relevante iniciativa legislativa. Tras una tan larga y extensa tramitación, hubiera sido necesario conferir al Consejo de Estado un plazo más amplio para efectuar un examen más sosegado del texto sometido a dictamen. Segunda. Tramitación

El expediente remitido al Consejo de Estado, resultado de la tramitación del texto, es extraordinariamente voluminoso: consta de un total de 71 informes que examinan con gran detalle el contenido de las sucesivas versiones del Anteproyecto, formulando observaciones críticas de todo tipo. Muchas de estas observaciones han sido ya acogidas, dando lugar a la redacción de cuatro versiones sucesivas del Anteproyecto, lo que ha permitido una clara mejora técnico-jurídica del texto.

En líneas generales, el modo de proceder seguido respeta las exigencias mínimas previstas en nuestro ordenamiento jurídico (básicamente, en la Ley 50/1997, del Gobierno) para preparar una regulación del tipo de la que ahora se considera. Sin perjuicio ello, cabe formular varias observaciones en relación con la tramitación del texto sometido a consulta.

La Memoria que acompaña al Anteproyecto afirma que no se ha sustanciado consulta pública previa por concurrir "una razón grave de interés público, como es la necesidad imperiosa y acuciante de garantizar la seguridad y la libertad sexual de las mujeres, como demuestran los datos analizados en la sección de impacto de género y las recomendaciones del GREVIO y la CEDAW". El Consejo de Estado no puede dejar de censurar la gravedad que reviste la omisión de este trámite procedimental de la consulta previa establecida con carácter preceptivo en el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno, a cuyo tenor:

"Podrá prescindirse del trámite de consulta pública previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia".

A juicio del Consejo de Estado, ninguno de estos requisitos concurre en el caso del Anteproyecto sometido a consulta, en particular por no tratarse de una norma de carácter presupuestario o meramente organizativo, sino que, más al contrario, impone obligaciones relevantes a distintos colectivos. Tampoco concurre el requisito de urgencia conforme al artículo 27.

Las razones de interés público alegadas, en particular, no guardan relación con tal omisión procedimental, pues para ello no basta que la iniciativa revista graves razones de interés público, sino que es indispensable que estas justifiquen prescindir del trámite. Aun reconociendo la necesidad de abordar la protección integral frente a las violencias sexuales que aquí se proyecta, ello no justifica la supresión de este trámite esencial para la participación ciudadana en la orientación de las iniciativas normativas del Gobierno, supresión que no puede estimarse colmada con la realización de un extenso trámite de audiencia e información públicas. El referido defecto procedimental ha impedido tener en cuenta desde un primer momento algunas cuestiones que es más difícil integrar después, en el trámite de audiencia, cuando el proyecto está ya avanzado; algunos de los defectos que presenta el Anteproyecto podrían haberse evitado o mitigado con una tramitación correcta.

Sí se ha llevado a cabo, como se ha indicado, el trámite de audiencia e información pública, con participación de un total de 26 organismos y entidades; también han informado doce comunidades autónomas, órganos como la Agencia Española de Protección de Datos, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, el Consejo Económico y Social, el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial.

Constan igualmente emitidos 31 informes procedentes de departamentos ministeriales, pero debe subrayarse la falta de intervención del Ministerio de Defensa en relación con las disposiciones que afectan a las Fuerzas Armadas (en particular, la reforma del Código Penal Militar), con cuya opinión hubiera sido necesario contar. Finalmente, como después se dirá, se echa en falta algún tipo de participación o consulta de la Comisión General de Codificación en cuanto afecta a la reforma del Código Penal.

Nada hay que objetar a la redacción de la memoria del análisis del impacto normativo, que responde en líneas generales (sin perjuicio de algunas observaciones puntuales que a lo largo del presente dictamen se realizarán) a las exigencias legales. Por lo que respecta al análisis de impactos, sin embargo, y dado el elevado coste que previsiblemente tendrán las medidas que se proponen, sería conveniente llevar a cabo una revisión de las valoraciones presupuestarias que realiza la Memoria antes de la remisión del proyecto a las Cortes Generales, en orden a garantizar que se ajustan a previsiones realistas.

Asimismo, hubiera sido útil contar con los tres anexos en los que, según indica la propia Memoria, se analizan las principales observaciones formuladas en el expediente y se motiva o justifica su aceptación o rechazo, y que no han sido remitidos a este Consejo de Estado.

Tercera. Observaciones generales sobre la caracterización y construcción general del Anteproyecto y su encaje en el ordenamiento jurídico

Entrando ya en el análisis material del texto sometido a consulta, se formularán, con carácter previo, cinco observaciones generales que versan, respectivamente, sobre la oportunidad de la legislación anteproyectada (A), su relación con otras normas legales de protección de las víctimas (B), la definición del alcance y objeto del Anteproyecto y su rúbrica (C), la configuración de la legislación anteproyectada como una ley orgánica (D) y algunas observaciones terminológicas (E).

A) La oportunidad de la regulación anteproyectada

La sociedad española ha experimentado una profunda evolución en lo que se refiere a los derechos y, en general, a la situación de la mujer en la sociedad, desde la segunda mitad del siglo XX. La igualdad ocupa un lugar propio entre los principales valores de la actual sociedad

democrática, consciente de que sin él no se puede avanzar sobre la vía del progreso.

Ese principio de igualdad entre mujeres y hombres debe sin embargo continuar defendiéndose y promoviéndose sin descanso, reafirmando lo logrado y progresando en aquellos terrenos donde los avances son todavía insuficientes. Tal es el caso de la prevención y represión de las violencias contra la mujer, la sensibilización frente a las mismas y la protección de sus víctimas. Un paso determinante en esta dirección se dio con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuya respuesta transversal y global frente a los distintos tipos de violencia específicamente cometidos contra las mujeres en el ámbito de las relaciones afectivas constituye un referente en esta materia.

Sin embargo, el objetivo de la erradicación de la violencia sobre la mujer está todavía lejos de haberse conseguido. Esto es particularmente cierto en el terreno de la violencia sexual, de la que son víctimas en una abrumadora mayoría las mujeres (aunque no únicamente), y casi exclusivamente autores hombres. Las cifras que arrojan las estadísticas oficiales y las encuestas siguen siendo excesivamente altas, y ello aun sin tener en cuenta la "cifra negra" - por emplear la terminología criminalista- de violencias no denunciadas y ocultas.

De acuerdo con los datos que publica el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2019 fueron condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual 3.401 personas, de las cuales el 97 % eran hombres. El INE no ofrece datos diferenciados en función del sexo de las víctimas, pero sí el Ministerio del Interior, aunque respecto al número de denuncias, que en el año 2019 ascendieron a un número de 15.706 por esta clase de delitos, siendo el 85 % de las víctimas de sexo femenino y un 15 % masculino (incluidos menores).

Este estado de cosas justifica por sí mismo la adopción de medidas como las previstas en el Anteproyecto, dirigidas a la investigación de la violencia sexual, su prevención y detección, la formación y especialización profesional en torno a la misma en los distintos grupos profesionales (docentes, sanitarios y sociosanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Administración de Justicia, prisiones, personal en el exterior, etc.), así como distintas medidas de asistencia, reparación e indemnización en favor de las víctimas, todo ello sin perjuicio de las observaciones que posteriormente se harán sobre el carácter redundante de muchos de sus preceptos.

Es más, el Anteproyecto continúa en la línea trazada por diversos instrumentos jurídicos y recomendaciones internacionales, a su vez plasmados en instrumentos a nivel nacional.

El Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa, abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 en Estambul (en adelante, "Convenio de Estambul") impone a las Administraciones públicas de los países firmantes la obligación de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, entendiendo que quedan incluidos en esta "todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada". Ya con anterioridad, en el mismo marco del Consejo de Europa se elaboró el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 ("Convenio de Lanzarote"), y, en ese mismo ámbito, la Unión Europea adoptó la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

El Convenio de Estambul propugna un tratamiento integral de las violencias contra las mujeres, basado en instrumentos de protección de las víctimas -no exclusivamente limitados, además, a la tutela penal-, y también en otros dirigidos a la sensibilización, educación y formación sobre la naturaleza, causas y consecuencias del fenómeno.

La citada Ley Orgánica 1/2004 ya abordó el problema de la violencia contra la mujer desde esa perspectiva integral, inspirándose en la Convención internacional de 1979 de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, ratificada por España en 1982. Una perspectiva integral que ahora se deriva de forma más precisa, para el ámbito regional del Consejo de Europa, del Convenio de Estambul. Los cuatro pilares fundamentales de este último -prevención, protección, persecución y coordinación- estaban ya diseñados en buena medida en las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el legislador español decidió limitar inicialmente su ámbito de actuación a un tipo particular de violencia contra la mujer, habida cuenta de su gravedad y de las particulares características que la rodean: la violencia que se produce en el marco de las relaciones de pareja. En torno a esa violencia se construyó el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004.

La entrada en vigor en España del Convenio de Estambul, que se produjo en 2014, obliga a extender ese tipo de tratamiento integral a otra categoría de violencias contra la mujer, como son las violencias sexuales.

En el plano internacional, el Comité de seguimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, "CEDAW") y el Grupo de Trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica de Naciones Unidas (que desde 2019 se califica Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas), formularon en 2015 recomendaciones al Reino de España para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a la violencia sexual, entre ellas la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia; el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual; la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados; y la recopilación de datos estadísticos para el desarrollo de políticas públicas eficaces. Posteriormente, la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, entre ellas las violencias sexuales.

En 2020, el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos creado para el seguimiento del Convenio (GREVIO), expresó su preocupación por la concentración de esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina.

En el ámbito de la Unión Europea, cabe resaltar las previsiones contenidas en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, COM(2020) 152 final, de 5 de marzo de 2020, y en la Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025), COM(2020), 258 final, de 25 de junio de 2020.

A nivel nacional, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado en el Congreso de los Diputados y en el Senado, y que dio lugar a distintos acuerdos entre las Administraciones públicas en el año 2017, asume el concepto amplio de violencias contra las mujeres plasmado en el Convenio de Estambul (medida 104) y prevé la necesidad de adoptar distintas medidas de respuesta transversal, en particular, frente a las violencias sexuales (entre otras, medidas 103, 164, y 250 a 257).

El Anteproyecto sometido a consulta responde a esta necesidad subrayada en el Pacto de Estado y en los instrumentos internacionales mencionados, y por ello merece una valoración global positiva. La regulación de la materia resulta oportuna, pues con ella se pretende dar respuesta a los desafíos que todavía ofrece una adecuada

prevención y represión de las violencias sexuales, y la correspondiente protección de las víctimas.

B) La relación entre la legislación anteproyectada y otras normas legales de protección a las víctimas. La dispersión normativa creada y la conveniencia de una codificación de la materia

El examen del marco normativo nacional en el que se inserta el Anteproyecto pone de manifiesto la multiplicidad de normas que abordan, desde distintas perspectivas, el problema de las violencias sexuales. El planteamiento transversal y multidisciplinar adoptado en el Anteproyecto discurre paralelamente, en primer lugar, a la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que prevé distintas medidas de sensibilización, prevención y detección de violencias contra la mujer, entre ellas las violencias sexuales, y de protección de todo tipo (incluida la penal) de las víctimas. Como se indicó, la particularidad de aquella ley orgánica es que su objeto (al que se adapta el correspondiente ámbito de aplicación) se define por referencia específica a la violencia -del tipo que sea- que se ejerce sobre la mujer en el ámbito de una relación de pareja ("por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia": artículo 1), en la medida en que tal violencia aparece como una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres".

El texto anteproyectado tiene un ámbito de aplicación parcialmente coincidente y evidentes terrenos de acción común con el de esa Ley Orgánica 1/2004, pues persigue la prevención, represión y protección frente a violencias sexuales de las que sean víctimas mujeres, niñas o niños (artículo 3 del Anteproyecto), salvo en cuanto afecta a las previsiones en materia de tutela penal, pues, excepto en tipos específicos, las víctimas de los correspondientes delitos pueden ser igualmente mujeres, hombres, niñas y niños. La protección prevista en el Anteproyecto es, además, independiente de la relación que el agresor tenga o haya tenido con la víctima, y algunas medidas tienen un alcance material más amplio que las contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, pero, en líneas generales, existe un cierto paralelismo en la concepción de ambas normas legales.

En segundo lugar, la protección de los menores frente a actos de violencia sexual que prevé el Anteproyecto viene a sumarse a la dispensada por la recientísima Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, con la que se solapa, como se verá más adelante, en muchos puntos.

Asimismo, numerosos aspectos del Anteproyecto convergen con disposiciones ya previstas en otras normas legales, como la Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; o la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, por ejemplo. Y en la Memoria se anuncia una futura modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y la aprobación de una regulación legal ad hoc contra la trata.

Esta pluralidad de normas legales propicia indeseables solapamientos, duplicidades regulatorias y dificultades en la comprensión del alcance y la aplicación práctica de las distintas medidas, circunstancias todas ellas que, en último término, pueden mermar su eficacia. El Consejo General del Poder Judicial ha llevado ya a cabo, en la primera parte de su informe, un exhaustivo análisis de estos solapamientos y coincidencias, al que el Consejo de Estado no puede sino remitirse.

Los problemas de inseguridad jurídica derivados de la confluencia del Anteproyecto con la Ley Orgánica 1/2004 y con la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia pudieran haberse evitado integrando las disposiciones del articulado del Anteproyecto aquí examinado en una ley de reforma de la primera y en el proyecto de la segunda, opción de técnica normativa que ha sido abogada en varios de los informes emitidos en el presente expediente (muy particularmente, los del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal) y cuyo descarte debiera ser justificado en la Memoria, que en modo alguno aborda esta cuestión. Parece, en principio, que hubiera sido una mejor opción de técnica legislativa.

En todo caso, debe subrayarse la necesidad de, por una parte, acompasar y coordinar las distintas iniciativas normativas en curso que afectan a una misma materia y, por otra, acomodar el contenido de estas a otras normas ya vigentes que operan en el mismo ámbito, en orden a evitar los referidos solapamientos o eventuales discordancias entre sus previsiones.

Esto resulta especialmente importante cuando, como en el presente caso, se procede a la modificación de un número importante de preceptos del Código Penal, reforma que a su vez se superpone a otras anunciadas (por ejemplo, en la legislación sobre la trata de personas) o algunas recientemente aprobadas (como la Ley Orgánica de protección de la infancia y adolescencia). El Consejo de Estado no puede dejar de subrayar los gravísimos riesgos que para la seguridad jurídica, el principio de ultima ratio del Derecho Penal y la coherencia del ordenamiento jurídico supone la tramitación solapada de modificaciones de las normas penales propuestas por distintos departamentos ministeriales y sin una visión global que permita salvaguardar la congruencia de nuestro sistema penal y la

proporcionalidad punitiva. La deseable intervención de la Comisión General de Codificación a que antes se aludió pudiera, en lo sucesivo, aportar racionalidad y coherencia ante la incesante sucesión de modificaciones del Código Penal de forma fragmentada y apresurada.

Sin perjuicio de cuanto precede, y desde una perspectiva más amplia tanto temporal como materialmente, el Consejo de Estado considera oportuno apuntar la conveniencia de acometer una labor de codificación o compilación del rico acervo de normas de protección a las víctimas de distintos tipos de actos violentos (delictivos o no), en orden a garantizar una mayor accesibilidad y comprensión de las medidas en ellas previstas, a través de una regulación unificada, armonizada, coherente y sistemática.

Debe evitarse, en definitiva, que con el encomiable objetivo de reforzar cada vez más la protección de las víctimas, se generen solapamientos, incoherencias y contradicciones que potencialmente disminuyan la eficacia de las medidas legalmente previstas o que, en algunos casos, creen injustificadas discriminaciones entre distintos colectivos. El ordenamiento español se ha dotado en los últimos años de un cuerpo normativo muy abundante de este tipo de medidas, que es necesario preservar y enriquecer paulatinamente, pero la superposición de normas - especialmente cuando se lleva a cabo con la rapidez con que se ha producido en este ámbito- es fuente de una inseguridad jurídica que resulta preciso atajar.

En orden a evitar los efectos indeseables de esta situación, el Consejo de Estado sugiere al Gobierno que emprenda esa labor compilación o codificación. Esta tarea podría realizarse abordando la protección de las víctimas en general, haciendo converger todas las medidas en torno al Estatuto de la víctima del delito, sin perjuicio de su adaptación para la inclusión de previsiones aplicables frente a actos de que tengan esa consideración delictiva, y, en todo caso, con una especial atención a las especialidades de las distintas violencias de género.

Una segunda posibilidad, de ámbito más limitado pero igualmente eficaz, consistiría en acometer exclusivamente una codificación de las distintas disposiciones de protección integral frente a todo tipo de violencias de género, incorporando las disposiciones del articulado del texto sometido a consulta y otras igualmente orientadas a la protección integral de las víctimas de violencias desde esa perspectiva de género, muy particularmente las de la ya referida Ley Orgánica 1/2004. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las normas que deban seguir incorporadas en otras leyes, en atención a su especial naturaleza (penal o laboral, por ejemplo).

Llegados a este punto, resulta indispensable aclarar que la expresión "violencia de género" o "violencia contra la mujer por

razones de género" no se refiere exclusivamente a la violencia cometida en el seno de una relación de pareja. Esa interpretación constituiría una indebida parcialización del concepto, si tenemos en cuenta las definiciones establecidas en el artículo 3 del Convenio de Estambul que es de obligada referencia, concretamente los apartados a), c) y d) de dicho precepto:

- 3 a) "Por "violencia contra la mujer" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada". - 3 c) "Por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres". - 3 d) "Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

La violencia sexual, en particular, constituye una manifestación específica de la violencia de género, en la medida en que afecta de forma desproporcionada a las mujeres y, en algunos casos, puede venir causada precisamente por determinadas circunstancias propias del rol de estas en la sociedad. Ciertamente, son también con demasiada frecuencia víctimas de violencia sexual menores de ambos sexos, y tampoco cabe omitir la existencia de actos de violencia sexual cometidos contra hombres mayores de edad. A juicio del Consejo de Estado, la obligada protección de todas estas víctimas no obstaculiza el análisis y tratamiento específico, en atención a sus características propias, de las violencias sexuales dirigidas contra las mujeres, como colectivo más afectado por aquellas, partiendo de la metodología propia de la llamada perspectiva de género.

C) La definición del objeto y alcance de la regulación anteproyectada y su rúbrica.

El Anteproyecto rubrica la futura norma "Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual" y, en esta misma línea de principio, el artículo 1, apartado 1, comienza diciendo que la ley orgánica "tiene por objeto la protección integral del derecho a la libertad sexual". El contenido del texto sin embargo, solo queda revelado con claridad cuando ese mismo apartado 1 continúa afirmando que se trata de proteger el derecho a la libertad sexual "mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual", y el apartado 2 dispone que la finalidad de la norma es "la adopción y puesta en práctica de políticas (...) que incluyan todas las

medidas pertinentes que garanticen la prevención y la respuesta frente a todas las formas de violencia sexual". Esas precisiones y el análisis del resto del contenido dispositivo del Anteproyecto llevan a la conclusión de que el verdadero objeto del mismo no consiste exactamente en articular una protección o garantía integral de la libertad sexual (vasto objetivo que requeriría de un planteamiento mucho más amplio que el que aquí se acomete), sino el no menos loable y ambicioso de regular un marco integral para la protección frente a la violencia sexual del grupo estadísticamente más afectado por este tipo de actos: las mujeres, las niñas y los niños.

En un plano material, el proyectado marco de protección frente a la violencia sexual puede adjetivarse como "integral", en la medida en es transversal, multidisciplinar y aspira a dar la protección más completa posible al colectivo indicado frente a todo tipo de actos de violencia sexual. Por el contrario, pudiera resultar algo desorientador anunciar la regulación legal de un marco de garantía integral "de la libertad sexual", para a continuación desarrollar una importante batería de medidas principalmente dirigidas a la prevención, tipificación, sanción y reparación de las violencias sexuales, lo que sin duda contribuye a la efectividad y garantía de aquella libertad, pero no parece agotar los instrumentos necesarios para la protección de la misma. En definitiva, el Anteproyecto tiene por objeto la adopción de medidas frente a los ataques contra la libertad sexual -siendo su núcleo material la perspectiva de prevención y reparación-, pero no aborda la tutela del ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva o activa (que, de toda evidencia, no requiere, por ejemplo, una tutela penal).

Cuanto precede pone de relieve, en definitiva, la insuficiencia del título proyectado y de la redacción del artículo 1.1. Por una parte, porque ambos deben reflejar con claridad que el objeto de la norma es la protección integral frente a las violencias sexuales. Por otra parte, porque no parece adecuado omitir en el título del Anteproyecto (e, indirectamente, con la formulación elegida, en la primera parte del artículo 1.1) el enfoque de género que -pese a incluir también entre los beneficiarios de la norma a los niños que puedan ser víctimas de tales violencias- parece haber inspirado su redacción.

Dicho enfoque de género se adopta a la vista de las obligaciones derivadas del ya citado Convenio de Estambul, y nada cabe objetar al mismo desde la perspectiva del derecho a la igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, pero, como se ha indicado, debería reflejarse en el título del Anteproyecto.

Aunque el citado precepto constitucional establece una "interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona" (STC 83/1984), está igualmente establecido que ese artículo 14, en combinación con el previo artículo 9, número 2 de la

Norma Fundamental, implica también un derecho a ser protegido contra la discriminación y "representa una explícita interdicción del mantenimiento de diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado (...) a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE". Con relación al sexo, el principio de igualdad supone "la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina", situación persistente "que no puede ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer" (STC 128/1987).

Desarrollando esas premisas, el Tribunal Constitucional ha sentado que no serán contrarios al citado artículo 14 los tratos diferenciados a favor de las mujeres con el fin de corregir desigualdades de partida, de eliminar situaciones discriminatorias, de conseguir resultados igualadores y de paliar la discriminación sufrida por el conjunto social de las mujeres (STC 229/1992) mediante un derecho desigual "igualitario" lo que, ante prácticas sociales discriminatorias, constitucionalmente es exigible del Estado social para asegurar la efectividad de la igualdad entre los sexos (STC 128/1987).

El principio general de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española también exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. A este respecto, es oportuno reproducir algunas de las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, consideraciones que podrían entenderse aplicables, mutatis mutandis, en relación con las medidas de protección de la mujer frente a la violencia sexual que establece el Anteproyecto: "Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, (...) y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es "elemento definidor de la noción de ciudadanía" (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al

otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad" (STC 59/2008).

El Anteproyecto parece haberse construido partiendo de este legítimo enfoque de género (el primer párrafo de la exposición de motivos se refiere a "los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y niñas y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles"), pero el mismo queda a continuación matizado sobre la base de los datos estadísticos que reflejan que las violencias sexuales "afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños". Conforme al artículo 3, todos ellos pueden ser beneficiarios de las medidas de protección frente a la violencia sexual que se prevén en el articulado de la norma proyectada, lo que merece una valoración positiva y no empece ni menoscaba el referido enfoque de género. En atención a esa misma perspectiva, sin embargo, las medidas de protección ex post de las concretas víctimas de delitos sexuales quedan delimitadas de manera que no afectan a los hombres adultos que pudieran también haber sido víctimas de tales delitos (aproximadamente un 15 % del total de las víctimas son hombres mayores de edad y niños).

Sin perjuicio de cuanto precede, el Consejo de Estado considera oportuno subrayar la especial problemática que rodea las violencias sexuales cometidas -contra hombres y mujeres- en situaciones de detención o internamiento, sobre las que este Consejo tiene un conocimiento directo en el ejercicio de su labor consultiva. El tratamiento de esta cuestión no tiene cabida en el presente Anteproyecto, dada la delimitación de su objeto, pero la específica protección de estas víctimas -que pueden encontrarse en situaciones de gran vulnerabilidad- merecería ser abordada normativamente.

D) La caracterización como ley orgánica de la legislación anteproyectada

El Anteproyecto confiere a la regulación proyectada el carácter de ley orgánica.

La exposición de motivos (apartado IV) explica que la naturaleza jurídica de la norma es la de una "ley orgánica parcial", que define como "aquella cuyo contenido tiene naturaleza de ley orgánica en algunos de sus preceptos y, por consiguiente, se beneficia de los atributos de ley orgánica, mientras que el resto de aquellos, no obstante estar dentro del mismo texto legal, tendrían naturaleza de preceptos de ley ordinaria y, a los efectos de su modificación o posible derogación, se regirían por los procedimientos y mayorías de las leyes ordinarias". En fundamento de esta opción normativa, dicha parte expositiva del texto invoca, en particular, los artículos 14, 15, 17 y 53

de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina de este Consejo de Estado, entendiendo que el núcleo de la norma "es el desarrollo del derecho fundamental a la libertad sexual, dimanante de los artículos 15 y 17 de la Constitución, a través de un conjunto de disposiciones de tutela penal de dicha libertad, complementadas con otras orientadas a la prevención, la atención, la protección y la justicia y reparación dispensada a las mujeres, niñas y niños víctimas de violencias sexuales, así como la coordinación de la acción de todos los actores relevantes, que desarrollan dicho núcleo orgánico y completan el marco jurídico de garantía integral de la libertad sexual".

En una consolidada doctrina, y en línea con el criterio igualmente mantenido por el Tribunal Constitucional (entre otras, sentencias 5/1981, de 13 de febrero, y 76/1983, de 15 de agosto), el Consejo de Estado se ha mostrado favorable a la posibilidad de que una ley orgánica incluya previsiones que, por su materia, sean propias de una ley ordinaria pero se sitúen dentro de una ley orgánica por ser conexas y complemento necesario de esta última, precisando en todo caso que esa atípica ubicación no comporta que esas previsiones legales ordinarias pierdan su condición de tales y adquieran la naturaleza de normas legales orgánicas: son las conocidas como "incrustaciones" de preceptos legales ordinarios en leyes orgánicas (dictámenes de 18 de junio de 1998, 20 de julio de 1998, 9 de mayo de 2001, 18 de abril de 2013 y 22 de abril de 2021, relativos a los expedientes números 2.268/98, 2.486/98, 1.045/2001, 172/2013 y 268/2021). En este mismo sentido, en la Memoria elevada al Gobierno de la Nación en el año 1985 este Consejo añadía que, en estos casos, "la calificación originaria del instrumento normativo como Ley Orgánica se asienta en la valoración directa y primaria de la materia que constituye su contenido nuclear".

Con arreglo a lo dispuesto en su disposición final decimoquinta, tres de los 61 artículos que componen el cuerpo principal de la parte dispositiva del Anteproyecto (los que forman el título preliminar) tienen carácter orgánico, así como cuatro de las veinte disposiciones finales, en la medida en que modifican otras tantas normas con rango de ley orgánica (disposiciones finales primera, cuarta, sexta y decimoprimeras, que reforman la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal, la Ley Orgánica 4/2000 y el Código Penal Militar, respectivamente). Todos los demás preceptos (en particular, los 58 artículos restantes y otras 10 disposiciones finales de reforma legislativa) se califican como ordinarios en la disposición final decimoquinta, caracterización que no se objeta, a la vista de su contenido.

Las particulares características de esta iniciativa legislativa y su objetivo de protección de la libertad sexual desde una perspectiva integral (que incorpora la tutela penal o represiva junto a la vertiente preventiva y reparadora), permiten confirmar la caracterización del

texto en su conjunto como ley orgánica, sin perjuicio, como es evidente, del desglose en cuanto a la naturaleza de cada uno de sus artículos y disposiciones, que contempla la disposición final decimoquinta. No puede obviarse que contenido del Anteproyecto se dirige a la protección y desarrollo de la libertad sexual de las mujeres sustentada en los derechos fundamentales de los artículos 15 y 17 de la Constitución.

En este sentido, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, donde se admite que el legislador, al elaborar una ley orgánica, puede incluir en ella cuestiones ajenas a la reserva establecida en el artículo 81 de la Constitución en tanto que, "en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad, o de buena política legislativa, considere oportuno incluir junto a las normas relativas a materia orgánica"(fundamento jurídico 21, a) y c)). Estas materias conexas, en principio no reservadas a la Ley Orgánica pero que el legislador decide incluir en ellas, aunque adquieren desde el momento mismo de la aprobación de la norma "el rango de orgánicas", no por ello adquieren materialmente esa condición, pues ello supondría que el legislador podría ampliar a voluntad la reserva constitucionalmente establecida. Añade el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia, para evitar que las materias conexas queden sometidas a un régimen de rigidez que no les corresponde(solo podría modificarse por mayoría absoluta y sin embargo no son materia orgánica), tal efecto debe ser excluido por la propia Ley orgánica indicando expresamente cuáles de aquellos preceptos que, aun estando incorporados a la Ley orgánica no están incluidos en la reserva del artículo 81 de la Constitución y, por tanto, pueden ser modificados en un futuro mediante Ley ordinaria.

Corresponde al legislador señalar qué preceptos son orgánicos y cuáles aun estando incluidos en la Ley Orgánica pueden ser modificados mediante Ley ordinaria (por mayoría simple).

En definitiva, la decisión del legislador de caracterizar una Ley como orgánica debe cumplir únicamente la doble condición de que, por un lado, la materia sea conexa, existan razones sistemáticas o de buena política legislativa que aconseje el tratamiento en un único instrumento, y que, por otro lado, la propia Ley Orgánica explicita en una disposición final qué preceptos no quedan afectados por la reserva y, por tanto, podrán ser modificados o derogados mediante ley ordinaria.

Efectivamente el presente anteproyecto recoge esta mención expresa de los preceptos de carácter ordinario en su disposición final decimoquinta.

E) Observaciones terminológicas

Para finalizar, cabe igualmente realizar, con carácter general, dos observaciones formales en relación con la terminología que emplea el Anteproyecto en la definición de las violencias que constituyen su objeto.

En primer lugar, tal y como se ha observado con anterioridad, el Consejo de Estado entiende que debe evitarse el uso en el Anteproyecto de los términos "violencia de género" y "violencia sexual" como conceptos contrapuestos, referidos a realidades distintas. El empleo que con frecuencia se hace del primero para designar los casos de violencias -de todo tipo- en el marco de las relaciones de pareja contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, acentúa esa aparente contraposición, que debe evitarse, en la medida en que la violencia sexual es, con arreglo al Convenio de Estambul, un caso de "violencia contra la mujer por razones de género", y ello con independencia de que el autor tenga o no una relación de pareja con su víctima. Como ejemplos de esta indebida contraposición conceptual, que debe corregirse (allí donde dice violencia sexual y/o de género debería decir "violencia de género, incluida la violencia sexual" o "violencia de género y, en particular, la violencia sexual") pueden citarse: la nueva redacción del párrafo m), artículo 31.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (disposición final segunda); artículos 6.4 y 7.1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (disposición final quinta); artículo 31 bis.3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (disposición final sexta); artículos 37.1.d), 38.1.d), 66 y 68 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (disposición final octava).

En segundo lugar, resulta pertinente hacer una revisión general del texto para utilizar la expresión violencia sexual en singular o en plural, según corresponda en cada caso, puesto que se aprecian muchos casos en que debería utilizarse en singular y se usa en plural. A título de ejemplo, en ocasiones se utiliza la expresión "víctima de violencia sexual" y en otras "víctima de violencias sexuales", lo que, en su literalidad tiene un sentido diferente (y lo mismo cabe decir de otras expresiones que se usan a lo largo de la ley, como el requisito de "haber sufrido violencias sexuales", para obtener determinados beneficios previstos en el Anteproyecto). Una cosa es que el artículo 3, al definir las violencias sexuales, haga referencia a distintos tipos o categorías de actos, y otra muy distinta que el supuesto de hecho en diversos artículos se defina utilizando esa expresión en plural, lo que, en su literalidad, dejaría fuera de su ámbito a aquellas víctimas que lo fueran de un solo acto de violencia sexual (en contra de la voluntad evidente del prelegislador). Ello aconseja una revisión generalizada del texto proyectado para utilizar el singular o el plural, según proceda, sin

exigir más de un acto de violencia sexual para poder acceder a los beneficios previstos en el Anteproyecto.

Igualmente, sería necesario aclarar de forma expresa que el término "género" se emplea en el sentido de artículo 3.c) del Convenio de Estambul.

En fin, el término "género" se emplea en el Anteproyecto en sentidos diversos; sería necesario utilizarlo de forma unívoca.

Cuarta. Observaciones particulares a la exposición de motivos y al articulado del Anteproyecto

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, se formularán a continuación las observaciones particulares que ha suscitado al Consejo de Estado el contenido del Anteproyecto, siguiendo el orden del mismo.

* Exposición de motivos

A juicio del Consejo de Estado, la Exposición de Motivos del Anteproyecto merece ser objeto de una cierta reconsideración en cuanto a su contenido y estilo de redacción, en orden a lograr un texto de mayor concisión y pureza técnica.

Resulta, en primer lugar, demasiado larga y compleja. El apartado IV, relativo a la calificación de la norma como ley orgánica "parcial", debe suprimirse, pues tiene un acomodo más riguroso en la Memoria (que, de hecho, lo reproduce literalmente); los apartados I, II y III y V, por su parte, resultan innecesariamente detallados y exhaustivos, y deberían aligerarse.

Cabe sugerir, por ejemplo, unificar los actuales apartados I y II en uno solo, resumiendo en él -con una extensión que debería ser notablemente inferior a la actual- la evolución que desde la Constitución Española de 1978 ha tenido el tratamiento legal de las violencias sexuales en el ordenamiento español y en los diferentes instrumentos internacionales relevantes en este ámbito, muy particularmente el llamado Convenio de Estambul, verdadera clave de arco de la regulación de esta materia en el marco del Consejo de Europa. El detallado desarrollo que en el actual apartado II se hace, por ejemplo, de las recomendaciones emitidas por diversos grupos y comités en el marco de las Naciones Unidas debería eliminarse, por ser un contenido más propio de la Memoria que acompaña al Anteproyecto que de la parte expositiva de este.

Entiende además el Consejo de Estado que una primera lectura de este primer apartado de la exposición de motivos podría llevar a la conclusión de que el Anteproyecto constituye un instrumento pionero o decisivo de la protección contra las violencias sexuales, lo que no se corresponde con la realidad. Desde que la reforma de 1989 del Código

Penal desterró la referencia a la protección de la honestidad de la mujer como justificación del castigo y pasó a fundamentar la prohibición penal en la vulneración de la libertad sexual como bien jurídico, se han sucedido numerosas reformas en este campo. Una novedad histórica fue la penalización, en el Código Penal de 1995, de la conducta de quien "sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizare actos que atenten contra la libertad sexual", conducta calificada como "abuso sexual". Los problemas de la prueba de la intimidación -que no deja huella-, y que conducían a demasiadas absoluciones, se mitigaron. Aunque tampoco es sencillo demostrar la ausencia de consentimiento, la atención al contexto de las situaciones de prevalimiento, de pérdida de conciencia u otras circunstancias lo facilitan. La más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha acogido estas interpretaciones más modernas del requisito del consentimiento: así, la STS n.º 447/2021, de 26 de mayo, subraya, entre otras cosas, que "Los elementos diferenciales entre la ciberviolencia o la ciberintimidación respecto a la violencia o a la intimidación ejercida sobre la víctima en un escenario ofensivo de continuidad o proximidad física, no son suficientes para generar categorías normativas de intimidación distintas que impidan la subsunción de tales conductas en los tipos de agresión sexual", así como que "si bien el Código Penal renuncia a definir la intimidación como fórmula de acción, ello no quiere decir que no puedan ni deban extraerse rasgos constitutivos y comunes que permitan delimitarla de cualquier otra fórmula expresiva con intención conminatoria".

En definitiva, ignorar los avances del pasado no ayuda a situar en su dimensión real la importancia de un Anteproyecto que pretende continuar en el camino de tutela de la libertad sexual por ellos trazado.

Se aprecia igualmente que la exposición de motivos contiene escasas referencias a la Constitución. Sería deseable reforzarlas. En este sentido, se podría hacer una mención más expresa a la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución), de la que es una expresión la libertad sexual.

Por otra parte, algunas de las formulaciones empleadas en la exposición de motivos (muy especialmente en este primer apartado) emplean un tono algo reivindicativo para un texto que deberá ser adoptado por las Cortes Generales. Esa inflexión militante pudiera resultar reduccionista de las múltiples vertientes del fenómeno de la violencia sexual y sus causas, aunque el llamado enfoque de género constituye una perspectiva ineludible para abordarlo.

A lo anterior se unen varios datos que adolecen de algunas inexactitudes técnicas, como es el caso de la confusa y algo vacua frase inicial según la cual "La ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y

de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo". Más correcto sería partir de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento a partir del cual se construyen los derechos humanos que, por lo demás, en el marco del constitucionalismo democrático contemporáneo quedan categorizados como derechos fundamentales que los Estados vienen obligados a respetar y proteger. Impreciso e incompleto es, por otra parte, afirmar que las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación "gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista", en particular porque ello supone omitir los logros que las asociaciones y entidades representativas de otros colectivos han conseguido en este terreno (por no citar sino uno, los de protección de la infancia y lucha contra la pederastia).

También el apartado III resulta demasiado detallado en la descripción del contenido del Anteproyecto, y debería limitarse a las líneas generales de este, entrando sólo en el examen de los aspectos más relevantes o novedosos. En fin, como ya se ha indicado, debe suprimirse el apartado IV y reducirse sustancialmente el contenido del apartado V.

TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales

* Artículo 1. Objeto y finalidad

El artículo 1 del Anteproyecto define su objeto por referencia a "la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual".

Cabe observar, en primer lugar, que la prevención y la erradicación de dichas violencias son solo dos aspectos de la protección frente a las mismas, referencia que debe por tanto completarse.

Por otra parte, dada la limitación del ámbito de aplicación de la norma, con arreglo a ese mismo apartado 1 del artículo 1 y al artículo 3, a las mujeres, niñas y niños que sean víctimas de violencias sexuales, en el apartado 3, letra j) debería precisarse si la finalidad consistente en asegurar el principio de transversalidad de las medidas, "de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las víctimas de violencias sexuales" incluye exclusivamente a las víctimas incluidas en el ámbito de aplicación del Anteproyecto, tal y como se definen en su artículo 3.

* Artículo 2. Principios rectores

El artículo 2 contiene una enumeración de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en esta materia. Entre ellos se incluye (letra h) el principio de participación, disponiendo lo siguiente: "En el diseño, aplicación y evaluación de los servicios y las políticas públicas previstas en esta ley orgánica, se garantizará la participación de las víctimas de violencias sexuales y de las entidades, asociaciones y organizaciones del movimiento feminista y la sociedad civil, con especial atención sobre la participación de las mujeres desde una óptica interseccional".

Sorprende que ni este precepto ni otros muchos del articulado en los que se concreta este mandato de participación de distintas entidades y organismos representativos de la sociedad civil prevean la implicación de las organizaciones sindicales y empresariales. Esa participación -cuya ausencia ha sido subrayada, entre otros, en el informe del Consejo Económico y Social- resulta particularmente importante para garantizar la eficacia, por ejemplo, de las medidas de prevención, información y formación previstas, y resulta inexplicable cuando se trata de disposiciones que afectan al orden laboral y a la organización empresarial y del trabajo. Parece, en resumen, indispensable, incluir una referencia expresa a la necesaria participación de dichas organizaciones.

Por otra parte, la letra e) incluye una referencia a la "discriminación interseccional y múltiple", en tanto que la exposición de motivos únicamente habla de la interseccionalidad. Debería, por tanto, armonizarse ambas referencias.

* Artículo 3. Ámbito de aplicación

El artículo 3 delimita el ámbito de aplicación del Anteproyecto, dedicando el apartado 1 al ámbito objetivo y el apartado 2 al ámbito subjetivo.

El apartado 1 comienza con una referencia a las violencias sexuales "entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital". El Consejo de Estado no puede sino valorar positivamente la incorporación de este concepto amplio de violencias sexuales, acorde con la definición dada en el Convenio de Estambul.

A continuación, el mismo apartado 1 precisa ese ámbito objetivo haciendo referencia a diversos tipos penales que deben entenderse en todo caso incluidos en el referido concepto de violencias sexuales. Así, en primer lugar, se menciona el feminicidio sexual, afirmando que se considera incluido en el ámbito de aplicación "a efectos estadísticos y de reparación". Esta redacción podría llevar a pensar que a este tipo de violencia sexual -el más grave- no se le aplican las demás disposiciones previstas en el Anteproyecto; debería, por tanto revisarse

el tenor literal del precepto en este punto para aclarar su verdadero sentido y alcance.

En segundo lugar, el apartado 1, párrafo segundo indica que, en todo caso, "se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos".

Esta enumeración no incluye otros tipos penales que, aun no siendo delitos contra la libertad sexual en el clásico sentido penal, también cabría naturalmente considerar como "violencias sexuales" en el sentido del Anteproyecto, como son el aborto y la esterilización forzadas (artículos 144 y 156 del Código Penal). La amplitud de la definición contenida en el primer párrafo de este mismo apartado 1 y la precisión de que los tipos penales a que se hace referencia en el apartado 2 se consideran violencias sexuales "en todo caso" lleva a la conclusión de que su enumeración se hace a efectos estrictamente ejemplificativos, y que fuera de la misma cabe también incluir estas otras conductas delictivas no mencionadas, así como otras que no merezcan sanción penal. Sorprende, por ello, la afirmación expresa, en la Memoria que acompaña al Anteproyecto, de que "la regulación integral contra la trata habrá de llevarse a cabo mediante otra norma ad hoc, y que otras formas de violencia contempladas en el Convenio de Estambul, como la esterilización forzada (artículo 156 del Código Penal) o el aborto forzado (artículo 144 del Código Penal), pretenden abordarse mediante la futura modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", lo que suscita la duda de si verdaderamente deben entenderse incluidas en el ámbito de aplicación objetivo del Anteproyecto, punto que debe aclararse en la redacción final del mismo. Todo ello sin perjuicio de reiterar la necesidad de evitar la multiplicación de instrumentos normativos por el riesgo de efectos contrarios a la seguridad jurídica que pueden producir, tal y como se observó en la consideración Tercera.B) del presente dictamen.

En otro orden de cosas, se valora muy positivamente la particular atención que se presta a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, objeto de tratamiento especial en otros preceptos del Anteproyecto.

El apartado 2 se refiere al ámbito de aplicación subjetivo, indicando que la norma será de aplicación "a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero,

siempre que sean de nacionalidad española, en los términos previstos en el artículo 50 de esta ley orgánica, y el resto del ordenamiento jurídico".

En línea con esta definición del ámbito subjetivo de aplicación del Anteproyecto, debe apuntarse la necesidad de corregir la referencia que el apartado III de la exposición de motivos, al tratar sobre la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad regulada en el título V, hace a "la protección efectiva de mujeres en riesgo". En coherencia con el tenor del artículo 3, en el señalado párrafo de la exposición de motivos ha de complementarse la mención a las mujeres con la protección efectiva de las niñas y los niños en riesgo. Así resulta, por lo demás, del título V, que no solo no los excluye, sino que los incluye de modo expreso en el artículo 44.1.

Por lo demás, se considera muy acertada la expresa referencia a la protección de las víctimas de nacionalidad española que hayan sufrido las violencias sexuales "en el extranjero", aunque resulta algo confuso que a continuación se haga referencia a que esa protección se hará "en los términos previstos en el artículo 50 de esta ley orgánica, y en el resto del ordenamiento jurídico", dado que dicho artículo 50 solo se refiere a la tutela consular de las víctimas de la nacionalidad española (con independencia de dónde se produjeran los hechos), y esta precisión del artículo 3.2 parece aplicable también para los casos de protección en territorio nacional.

Asimismo, sería conveniente incluir una referencia a la competencia judicial de los tribunales españoles en esta materia, añadiendo el siguiente inciso al final de este apartado: "... sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Poder judicial respecto a la competencia de los tribunales españoles".

En fin, se percibe una errata ortográfica en la primera línea del artículo 3, pues debe decir "objetivo" y no "objetiva".

TÍTULO I. Investigación y producción de datos

El título I del Anteproyecto comprende tres artículos (4, 5 y 6) en los que se incluyen distintas obligaciones de las Administraciones públicas para la mejora de la investigación y la producción de datos sobre la violencia sexual. Su redacción incurre, no obstante, en ciertos solapamientos y adolece también de algunas imprecisiones que deberían corregirse, so pena de mermar la eficacia de lo allí dispuesto.

En el artículo 4, apartado 1, por ejemplo, se establece una obligación general de la Administración General del Estado de realizar estudios, encuestas y trabajos de investigación, obligación que no parece muy lejana a la prevista en el artículo 6 ("Las administraciones públicas competentes en materia de investigación fomentarán la investigación relativa a las violencias sexuales, incluidas las

relacionadas con formas de discriminación interseccional o múltiple"), que incurre en la misma imprecisión.

Cabe preguntarse si alguna de esas tareas (o, eventualmente, su coordinación) corresponde a los órganos a que se refiere el artículo 5 -la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y el Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer-. A ello se unen, entre otras, las competencias que el artículo 42.6 del Anteproyecto atribuye al Ministerio del Interior.

Con carácter general, debe velarse por una adecuada y concreta delimitación de los órganos competentes para el desarrollo de cada una de estas tareas, evitando solapamientos competenciales y duplicidades orgánicas en la actuación. En este sentido, debe recordarse que, junto a la referida Delegación del Gobierno y al Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer, tienen también atribuidas importantes competencias en esta materia el Ministerio de Justicia (del que dependen las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual) y el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas.

En la letra d) del artículo 5, debería igualmente aclararse cuáles son los destinatarios potenciales de las "recomendaciones y propuestas de acción" a que hace referencia, o, al menos, indicar si se trata exclusivamente de las Administraciones públicas o también de empresas y particulares.

TÍTULO II. Prevención y detección

El título II del Anteproyecto contiene un amplio elenco de medidas para la prevención, sensibilización y detección de las violencias sexuales. Algunas de estas medidas se encuentran ya contempladas, en relación con las violencias que tienen lugar en el marco de una relación de pareja, en la Ley Orgánica 1/2004; el Anteproyecto parte de esas medidas (previstas, por ejemplo, en el ámbito educativo, sanitario, de la publicidad y de los medios de comunicación) y, de forma más exhaustiva, regula también otras iniciativas que deberán seguirse en el ámbito laboral, de la Administración pública, el castrense o en las instituciones residenciales y lugares de privación de libertad, por ejemplo. Se formulan a continuación una serie de observaciones puntuales en relación con la redacción de algunos de estos preceptos:

* Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información

El apartado 2 del artículo 9 incorpora, como factor a tener en cuenta en las campañas institucionales, "la ruralidad". No parece justificado introducir esa diferenciación por el carácter rural o urbano de los destinatarios de esas campañas; debería, por tanto, eliminarse el término "ruralidad".

* Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario

El artículo 11 se refiere a la prevención y sensibilización en el ámbito publicitario. Su apartado 1 establece que se considerará ilícita "la publicidad que utilice estereotipos de género que fomenten o normalice las violencias sexuales contra las mujeres". El verbo "normalicen" debería ponerse en plural, "normalicen".

La disposición final tercera del Anteproyecto lleva a cabo una modificación del artículo 3, párrafo a), de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con la intención de incorporar a la misma ese nuevo supuesto de publicidad ilícita, haciendo referencia a "los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, (...) bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual". Debe asegurarse que la redacción propuesta sea coincidente para ambos preceptos, pues las discordancias existentes entre los dos textos proyectados generarían una incoherencia de graves consecuencias, dadas las sanciones que van unidas a las conductas constitutivas de publicidad ilícita; tales incoherencias podrían fácilmente evitarse con una mera remisión, en este artículo 11, a lo establecido en la Ley General de Publicidad. Todo ello sin perjuicio de otras observaciones que en su momento se harán en relación con el contenido general de esta disposición final tercera.

* Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral

El artículo 12 establece lo siguiente en su apartado 1:

"1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital."

Como ocurre en muchos de los preceptos de este título, lo previsto en este artículo resulta ya exigible a las empresas, con arreglo a la legislación laboral y a las normas de compliance, lo que contribuye a las reiteraciones y solapamientos aludidos en las observaciones generales.

Por lo demás, cabe señalar que, pese a la remisión expresa que el precepto proyectado hace al artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, aquel prevé la inclusión de supuestos más amplios (promover

condiciones de trabajo que eviten todo tipo de conductas contra la libertad sexual, con referencia específica a las cometidas en el ámbito digital) que este último, que se refiere exclusivamente a los casos de acoso. Como consecuencia de esa incoherencia, la remisión introduce cierta confusión. Para evitarla, el Anteproyecto debería trasladar esas nuevas obligaciones del artículo proyectado al artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, algunos de cuyos preceptos ya se modifican en la disposición final octava del Anteproyecto.

El apartado 3 de este artículo 12 prevé el reconocimiento, con el distintivo "Empresas por una sociedad libre de violencia de género" a las empresas "que adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en esta ley orgánica". A juicio del Consejo de Estado, sería preferible que ese reconocimiento se canalizase a través del distintivo "Igualdad en la empresa", a que se refiere la disposición adicional cuarta del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y para cuya obtención se exige la implantación de todo tipo de medidas de igualdad, siendo la prevención de las conductas que eventualmente pudieran producirse en un ambiente de trabajo un mínimo indispensable para lograr dicha igualdad. La superposición de este tipo de reconocimientos no hace sino restar su valor y atractivo. En todo caso, la referencia a la necesidad de adecuar la estructura de la empresa a lo establecido en la ley orgánica resulta algo oscura.

* Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración pública

Las observaciones realizadas en relación con el artículo 12.1 son trasladables al artículo 13.1, relativo a la prevención y sensibilización en la Administración pública. En particular, hay que subrayar que existen ya en las Administraciones públicas protocolos destinados a la lucha contra este tipo de conductas violentas, especialmente en materia de acoso (puede citarse, por ejemplo, la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella, y el Protocolo de actuación frente a la violencia en el trabajo en la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, publicado mediante Resolución de 26 de noviembre de 2015).

* Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense

La última frase del artículo 14 ("Se incluyen específicamente las cometidas en el ámbito digital") debe situarse en segundo lugar dentro del artículo (detrás de "violencias sexuales"), de modo que se entienda con claridad que se refiere a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital.

* Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales

El artículo 17, apartado 2, establece lo siguiente:

"Cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia".

El precepto parece remitirse a un precepto de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que regula expresamente ese deber de "comunicación" a las autoridades competentes. En la medida en que los actos de que se trate puedan ser constitutivos de delito, sin embargo, será simplemente de aplicación la obligación de denuncia consagrada en los artículos 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los que debería hacerse también referencia en el precepto comentado.

TÍTULO III. Formación

Tal y como ha quedado expuesto, este título comprende los artículos 22 a 31, en los que se establecen las medidas necesarias para garantizar la formación que han de recibir los distintos colectivos de personal al servicio de las Administraciones públicas que tienen responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual y en la atención integral de las víctimas.

A través de estas medidas pretende desarrollarse uno de los fines a los que, según su artículo 1.3, se orientan las medidas de protección integral y de prevención que contempla el anteproyecto. En concreto, según la letra i) de ese artículo 1.3, se trata del fin consistente en "garantizar la adecuada formación y capacitación de las personas profesionales que intervienen en el proceso de información, atención, protección y tratamiento de las víctimas, incidiendo en las características y necesidades de las víctimas menores de edad y con discapacidad". El establecimiento de tales medidas constituye, además y según declara la exposición de motivos, "una de las principales garantías de aplicación de esta ley orgánica".

Es esta una de las materias en las que, como se indicó, el Anteproyecto presenta similitudes notables con la vigente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, entre cuyos principios rectores se encuentra el del fomento de "la especialización de los colectivos profesionales que

intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas" (letra j). Se advierte, empero, que el enfoque que adopta el texto sometido a consulta es más amplio que el de la citada ley orgánica.

Con carácter general, la regulación establecida en este título ha sido valorada positivamente por los distintos órganos, organismos y entidades que han intervenido en el procedimiento de elaboración del Anteproyecto sometido a consulta.

Sin perjuicio de ese juicio global favorable que el Consejo de Estado comparte, la sistemática y el contenido de este título III del Anteproyecto merecen algunas consideraciones específicas.

* Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación

Este precepto establece el régimen de "garantía de especialización profesional a través de la formación".

De conformidad con lo dispuesto en su primer apartado, "la especialización profesional se garantizará a través de la formación inicial obligatoria y la formación continua que deberán recibir todos los sectores profesionales que intervienen en la prevención y la respuesta a las violencias sexuales".

Se aprecia una lógica coherencia de este precepto con el indicado fin del artículo 1.3.i) del Anteproyecto, pero también un amplio margen de imprecisión en cuanto a la determinación de los destinatarios del mandato que en él se contiene. Y ello, por cuanto no se establece criterio alguno para determinar qué "sectores profesionales" son los afectados, más allá de su intervención en "la prevención y respuesta a las violencias sexuales".

Cabría pensar que tales sectores son únicamente los mencionados en los artículos 23 a 30 del Anteproyecto. Sin embargo, de ser así, debería señalarse de forma expresa, tal y como se hace en el apartado 2 del precepto analizado, que se refiere a tales sectores de manera explícita.

Si, por el contrario, la regla contenida en el apartado 1 desea hacerse extensiva a otros colectivos distintos, podría considerarse la posibilidad de incluir una referencia al desarrollo normativo que necesariamente habrá de efectuar la correspondiente concreción - teniendo en cuenta que la especialización precisa diferirá en función del colectivo de que se trate-.

En definitiva, ha de sugerirse que se incorpore al Anteproyecto alguna precisión adicional que permita la delimitación, actual o futura, de los "sectores profesionales" a los que se dirige esta obligación de formación inicial y continua para su especialización profesional.

Por lo que se refiere al artículo 22.2, se regula en él la necesaria elaboración de un "programa marco de formación y reciclaje de los sectores profesionales mencionados en el presente título", con los contenidos que se indican.

Debe llamarse la atención sobre esta previsión, ya que no se menciona la autoridad competente para su elaboración y aprobación, ni se fija un plazo a tal efecto, resultando además que su alcance no se predica con respecto a cualesquiera sectores profesionales relacionados con las violencias sexuales (como podría deducirse del apartado 1 del mismo precepto), sino a los sectores profesionales "mencionados en el presente título", es decir, en los artículos 23 a 30.

Entiende el Consejo de Estado que, una vez que se hayan identificado los sectores profesionales a que se refiere el artículo 22.1, el programa marco que contempla su apartado 2 debería referirse a todos ellos, y no solo a los que contemplan los artículos 23 a 30, pues no se debería considerar limitada a esos colectivos específicamente mencionados en el Anteproyecto la necesidad de formación y reciclaje en las materias que se regulan y se proyectan incorporar a tal programa marco.

* Artículos 25, 26, 28, 29 y 30. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia, en el ámbito forense, en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia, y del personal en el exterior

En estos preceptos se establecen las reglas relativas a la formación en materia de violencias sexuales de diversos cuerpos funcionariales o de empleados públicos, atendiendo a las diferentes funciones e interacciones que pueden tener con esa lacra y sus víctimas.

Desde el punto de vista de la sistemática del Anteproyecto, se han establecido en distintos preceptos reglas específicas para diferentes cuerpos y ámbitos de actividad pública -llama la atención, en este sentido, que solo en los ámbitos de la formación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la carrera judicial y fiscal, la de los letrados de la Administración de Justicia y la formación en los ámbitos forense y penitenciario se incluye, de forma expresa, la formación en igualdad y perspectiva de género-.

Aun cuando esta opción no es en sí misma objetable, cabe señalar que, dada la extensión y complejidad del texto, podría haberse optado por la regulación genérica de un mandato dirigido a las Administraciones públicas o entidades u organismos competentes para que procediesen, en un plazo determinado que no se precisa en el anteproyecto, a incluir en los temarios de pruebas de acceso, así como en los planes de formación inicial y continua, los pertinentes contenidos relativos a las violencias sexuales, con remisión expresa a las

necesarias adaptaciones derivadas de las distintas funciones que desarrollan los diferentes estamentos de empleados públicos a que tales preceptos se refieren.

Por otra parte, se sugiere sustituir la expresión "formación en igualdad y perspectiva de género" por la de "formación en igualdad entre mujeres y hombres".

* Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía

Este precepto se dedica a la "formación en el ámbito de la abogacía", en los siguientes términos:

"1. Los poderes públicos, en colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española y los colegios de la abogacía, promoverán la adecuada formación de los letrados y letradas encargados de asistir a víctimas de violencias sexuales.

2. Los colegios de la abogacía, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, incluirán como línea de formación dentro de la materia de la violencia de género una específica en violencias sexuales".

La inclusión de este precepto ha de considerarse acertada, habida cuenta del papel que ostenta la abogacía en la tutela de los derechos e intereses de las víctimas de todo tipo de violencias, incluidas las sexuales.

La mención del apartado 1 del proyectado artículo 27 a la colaboración entre los poderes públicos y las organizaciones representativas de la abogacía en orden a promover "la adecuada formación" es correcta, ya que a los colegios corresponden, conforme al artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales, las funciones de "j) Organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo..." y de "r) Organizar, en su caso, cursos para la formación profesional de los postgraduados", funciones que corresponderá a ejercer al Consejo General de la Abogacía Española en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional (artículo 9.1.a).

Prosigue este apartado 1 señalando que la promoción de esa adecuada formación se dirigirá a "los letrados y las letradas encargados de asistir a víctimas de violencias sexuales".

La referencia a la "asistencia letrada" a las víctimas de violencias sexuales puede conectarse con lo establecido en el artículo 32 del anteproyecto ("El derecho a la asistencia integral especializada y accesible"), que suscita algunas dudas, a partir de su conexión con la proyectada disposición final decimoctava, a las que después se hará referencia.

Finalmente, en relación con este precepto y por lo que se refiere tanto a la promoción de la "adecuada formación" (apartado 1), como a la inclusión por los colegios de la abogacía, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, "de una línea de formación dentro de la materia de la violencia de género una específica en violencias sexuales" (apartado 2), ha de repararse en que esa formación no está reservada por ley a los propios colegios.

A este respecto, nada impone que esa formación, incluso la que se exija para el ejercicio del turno de oficio para víctimas de violencias sexuales, cuando estas sean incluidas en el sistema de justicia gratuita, haya de ser necesaria y exclusivamente la impartida por las propias corporaciones profesionales. Es más, una limitación de los agentes que pueden participar en la actividad de formación de los abogados para prestar sus servicios en el sistema de justicia gratuita puede constituir una restricción de la actividad económica contraria al derecho de la competencia (así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, en relación con un reglamento de formación aprobado por el Colegio de expertos contables de Portugal).

* Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, verificación y acreditación de centros y de títulos universitarios

El artículo 31 contiene en su apartado 3 un mandato dirigido a las universidades en los siguientes términos: "3. Las universidades establecerán un itinerario formativo en materia de prevención de las violencias machistas y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, evaluable y acreditable por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o la autoridad competente del Ministerio de Educación y Formación Profesional o, en su caso, órganos competentes de las comunidades autónomas, en los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales en los que resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos".

Esta previsión enlaza con la contenida en otros preceptos del anteproyecto en los que también se hace referencia a los planes de estudios de títulos universitarios relativos a las profesiones en las que se considera preciso impulsar la inclusión de contenidos dirigidos a la sensibilización y formación en materia de violencias sexuales (así, dentro del título II, los artículos 10.2, 11.3 y 18; y, dentro del propio título III, los artículos 23 y 24, que contienen previsiones relativas a la inclusión de contenidos formativos dirigidos a la capacitación en materia de violencias sexuales en los planes de estudios de títulos universitarios y de formación profesional conducentes al ejercicio de profesiones docentes y de profesiones en el ámbito de las ciencias de la salud y de los servicios sociales, respectivamente).

Llama la atención, en primer lugar, que el artículo no haga referencia al Ministerio de Universidades, junto al Ministerio de Educación y Formación Profesional y a los órganos competentes de las comunidades autónomas, habida cuenta de que, entre las competencias de aquel se encuentra la de velar por la adecuación de los planes de estudio de las universidades a las directrices y condiciones establecidas por el Gobierno para los títulos oficiales.

En líneas generales, la inclusión de una regla que obligue a establecer itinerarios formativos en materia de prevención de violencias sexuales en un precepto no referido exclusivamente a uno o varios sectores determinados, sino con un ámbito de aplicación más amplio que el de esas otras disposiciones, se considera adecuada y reveladora del alcance del anteproyecto en cuanto a la integración de la perspectiva de prevención y erradicación de las violencias sexuales a partir de la formación universitaria, en todas aquellas titulaciones en que sea coherente su inclusión en función de las competencias que deben adquirirse por medio de los correspondientes estudios.

La lógica del Anteproyecto y de los amplios y deseables fines que aspira a conseguir parece exigir, sin embargo, que el mandato a las universidades, públicas y privadas, que contiene este artículo 31.3 reciba un tratamiento acorde con su vocación general de vertebración de la formación universitaria en materia de violencias sexuales, sin perjuicio de que se regulen las especificidades ya señaladas para determinados ámbitos en los preceptos citados.

Desde esta perspectiva, se considera que una regla como la contenida en el referido artículo 31.3 no debería incluirse como apartado de un precepto en el que se abordan otras cuestiones, sino integrarse en un precepto específicamente dedicado a esta cuestión, habida cuenta de su carácter general en el ámbito de la formación universitaria y de su proyección sobre distintas titulaciones. Dada la relevancia de dicha medida, se recomienda su ubicación al comienzo del título III, a continuación del artículo 22, que igualmente contiene una regla general y que, dada su mayor amplitud, debe encabezar el referido título.

Por lo demás, debe señalarse que este precepto hace referencia a la prevención de "violencias machistas", siendo así que, en consonancia con el objeto del anteproyecto, definido en su artículo 1, sería preferible aludir a la "violencia contra la mujer".

TÍTULO IV. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible

El título IV, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, consta de dos capítulos, referidos, respectivamente, al alcance y garantía del derecho (capítulo I) y a la autonomía económica, derechos laborales y vivienda (capítulo II).

* Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible

El capítulo I se abre con el artículo 32, en el que se dispone que todas las personas comprendidas en el artículo 3.2 de la ley orgánica proyectada tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar todas las consecuencias derivadas de la violencia sexual; y precisa a continuación el contenido mínimo de este derecho.

Suscita algunas dudas su apartado 1.d), referido al asesoramiento jurídico previo y a la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, "en los términos previstos la legislación de asistencia jurídica gratuita". Sin embargo, en su redacción vigente, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita no contempla previsiones específicas para los casos de víctimas de violencia sexual, por lo que no se sabe bien qué alcance ha de tener la expresión entrecomillada al no existir los invocados "términos previstos" en aquella legislación.

Ciertamente, este apartado ha de ponerse en conexión con la disposición final decimoctava del Anteproyecto, que prevé que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley orgánica ahora proyectada, "el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica".

Llama la atención que la indicada extensión del derecho a la asistencia jurídica gratuita de las víctimas de violencias sexuales se proyecte hacia el futuro en los términos indicados, dejando en una situación de indefinición el alcance de aquel derecho hasta la entrada en vigor de la ley a cuyo proyecto se refiere esa disposición final decimoctava.

Esa opción del Anteproyecto difiere de antecedentes como pueden ser el caso del artículo 20 (asistencia jurídica) de la Ley Orgánica 1/2004, o el de la reforma operada en la misma Ley 1/1996 por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (en particular, el artículo 2.g). Ambos precedentes entraron en vigor en el momento de la publicación de las respectivas normas reguladoras, si bien no se ignora que puede haber razones que impidan ahora adoptar esa misma solución.

Ciertamente, cabe suponer que, con la entrada en vigor de la ley a cuyo proyecto se refiere esa disposición final decimoctava, quedará solucionado el problema advertido en relación con el artículo 32.1.d) del Anteproyecto (sobre la indefinición del alcance de aquel derecho).

Sin embargo, no puede ignorarse que, aun cuando la remisión de ese proyecto se produjera en el plazo previsto (de un año), la tramitación parlamentaria podría demorarse, sin que sea previsible con un grado mínimo de certeza cuándo llegará a producirse aquella entrada en vigor.

Así las cosas, debería darse una solución al problema apuntado ya en el texto proyectado, lo que podría hacerse mediante una disposición transitoria (cuya vigencia se extendería hasta la entrada en vigor de la ley a que se refiere la disposición final decimoctava del Anteproyecto). A tal efecto, y a la vista del alcance de las modificaciones introducidas en otras leyes (como la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o la Ley General de la Seguridad Social), una opción sería ponderar la posibilidad de que el citado artículo 32.1.d) se refiera al asesoramiento jurídico previo y a la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, "en los términos previstos para las víctimas de la violencia de género en la legislación de asistencia jurídica gratuita". Pero, si por las razones antes aludidas, no fuera posible o no se considerase oportuna una solución tal, la disposición transitoria podría limitarse a diferir la aplicación temporal de esta previsión hasta el momento de la aprobación de la ley a que se refiere la disposición final decimoctava del Anteproyecto.

* Artículo 33. Derecho a la información

El artículo 33 se refiere al derecho a la información y dispone, en su apartado 1, que las víctimas de violencia sexual tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que dispongan las Administraciones públicas. Y, en su apartado 2, añade que se garantizará el acceso integral de las mujeres con discapacidad, así como de las niñas y los niños víctimas de violencia sexual a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes; información que deberá ofrecerse "en formato accesible y comprensible adaptado a las circunstancias de edad y discapacidad".

Sin embargo, entiende el Consejo de Estado que esa previsión puede resultar insuficiente (en particular, en el caso de las niñas y los niños) para que la víctima de violencia sexual pueda beneficiarse de forma efectiva del derecho a la información que regula el proyectado artículo 33; y ello, porque aunque se le facilite en formato accesible y comprensible en función de su edad y discapacidad, puede ser necesario que se proporcione esa información a su representante o a quien tenga atribuida su guarda, protección o defensa, para que la víctima pueda efectivamente beneficiarse de esa información, mediante la realización de los actos (o el levantamiento de las cargas) que resulten necesarios para ejercer los derechos o acceder a las ayudas y servicios previstos en la ley. En caso contrario, la virtualidad

y efectividad de este derecho a la información puede quedar muy limitado, por más que se cumplan formalmente las previsiones legales del artículo 33. Se sugiere, por tanto, introducir una previsión en este sentido.

Puede valorarse, igualmente, sustituir la referencia a la discapacidad por la capacidad.

* Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible

Por su parte, el artículo 34 regula los servicios de asistencia integral especializada y accesible, que se recogen en su apartado 1 (centros de crisis, servicios de recuperación integral, servicios de atención a víctimas de trata y explotación sexual y servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencia sexual). Y añade al apartado 2: "En todos los casos, el acceso a estos servicios será gratuito y se respetará la confidencialidad y dignidad de las víctimas".

En relación con este apartado 2 del artículo 34, advierte el Consejo de Estado la pertinencia de hacer una referencia específica a la protección de datos de carácter personal, con vistas a evitar una doble victimización. No parece necesario insistir en la importancia que en este punto tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Ciertamente, el artículo 49 del Anteproyecto recoge una previsión general en relación con ese derecho, pero se encuentra ubicado en un título (el título VI, sobre "Acceso y obtención de justicia"), por lo que no parece que solucione el problema planteado. Dentro del título IV, el artículo 36 establece también una previsión al respecto, pero se limita a los documentos mencionados en dicho artículo y, a juicio del Consejo de Estado, la protección de las víctimas, en lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales, no se debe limitar o ceñir a aquellos documentos.

Por otra parte, ese mismo artículo 36.3 del Anteproyecto se refiere a los datos personales "tanto de las víctimas como de terceras personas", lo que parece necesario recoger también en el artículo 34.2. Tampoco parece necesario insistir en los perjuicios que un indebido uso o tratamiento de datos de terceras personas podría producir en este sensible ámbito. Como señala la AEPD en su informe, si bien la base jurídica para el tratamiento de datos de terceros puede consistir en el cumplimiento de una misión de interés público que han de llevar a cabo las autoridades encargadas de velar por la asistencia integral a las víctimas de violencia sexual, los tratamientos de datos de terceros interesados convierten a estos en titulares de derechos que reconoce la normativa de protección de datos personales (y, en particular, el RGPD, la LOPDGDD y, en su caso, la reciente Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de

prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales).

A los efectos indicados, se propone una redacción del siguiente o parecido tenor: "En todos los casos, el acceso a estos servicios será gratuito y se respetará la dignidad, la confidencialidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal de las víctimas y de terceras personas".

* Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales

El artículo 36 del Anteproyecto regula la acreditación de la existencia de violencia sexual. Su apartado 1 dispone que las situaciones de violencia sexual que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en el título IV "se acreditarán" mediante cualquiera de los documentos que a continuación se mencionan (párrafo primero); también "podrán acreditarse" mediante los informes u otros títulos a los que se refiere el párrafo segundo; y el párrafo tercero añade que la "acreditación de víctimas menores de edad podrá realizarse", además, por medio de otros documentos.

Como cuestión común a los tres párrafos, ha de advertirse de las dudas que pueden suscitar las expresiones entrecomilladas desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24 de la Constitución, en el artículo 6 del CEDH y en el artículo 48 de la CDFUE. Ciertamente, se trata de expresiones análogas a las utilizadas en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, pero tampoco debe ignorarse la evolución de la jurisprudencia del TEDH acerca de aquel derecho y la relevancia que se atribuye al lenguaje empleado, a las sospechas expresadas, o a los razonamientos utilizados.

A juicio del Consejo de Estado, la afirmación de que las situaciones de violencia sexual -que pueden incluir situaciones de imputación de gravísimos delitos a terceras personas- "se acreditan" con los documentos que a lo largo del artículo se mencionan (y que incluyen resoluciones por las que se adopta cualquier medida cautelar, informes que indiquen la "existencia de indicios" u otros informes procedentes de servicios administrativos) no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que parece claro que, con ello, quiere permitirse el acceso a los derechos reconocidos en el título IV desde el primer momento en que hay indicios de una situación de violencia sexual -lo que resulta más que razonable-. Pero -por esa misma razón- deben tomarse todas las cautelas para que no quede comprometido desde tan temprano estadio el derecho a la presunción de inocencia de terceras personas. Dicho en otros términos, cuanta mayor virtualidad quiera darse a los indicios iniciales, mayores cautelas han de adoptarse desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia.

Por ello, se propone sustituir las expresiones antes entrecomilladas de los tres párrafos del artículo 36.1 por otras expresiones que

produzcan para las víctimas los mismos efectos que los recogidos en el Anteproyecto, pero con las que quede claro que no se pone en cuestión el derecho fundamental mencionado en relación con terceras personas (lo que, al cabo, podría perjudicar el fin perseguido por el prelegislador). Así, se sugiere sustituir la expresión "... se acreditarán..." del primer párrafo por "... se considerarán acreditadas, a los solos efectos de dicho reconocimiento,...". En el segundo párrafo, el inciso inicial podría ser: "También podrán considerarse acreditadas las situaciones de violencias sexuales, a los efectos indicados en el párrafo anterior, mediante...". Y el párrafo tercero podría comenzar con el siguiente o parecido tenor: "En el caso de víctimas menores de edad, podrá considerarse acreditada además, a los mismos efectos, por documentos...".

Por lo demás, en el segundo párrafo del mismo artículo 36.1 se propone sustituir la expresión "las disposiciones normativas de carácter sectorial" por "la legislación sectorial", para evitar las dudas a que podría dar lugar aquella expresión.

* Capítulo II. Autonomía económica, derechos laborales y de vivienda

El capítulo II del título IV ("Autonomía económica, derechos laborales y vivienda") incluye los artículos 37 a 41. En ellos se regulan los derechos laborales y de seguridad social (artículo 37), un programa específico de empleo (artículo 38), los derechos de las funcionarias públicas (artículo 39), las ayudas económicas a las víctimas de violencia sexual (artículo 40) y el acceso a la vivienda (artículo 41).

En general, sus previsiones siguen de cerca las contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con referencias a lo ya previsto en otras leyes (como la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o la Ley General de la Seguridad Social) cuya modificación se aborda en las disposiciones finales del Anteproyecto. Por tanto, el contenido de estos artículos se ha de integrar con el contenido de las citadas disposiciones finales y las modificaciones que estas introducen en otras leyes, en los términos indicados en las observaciones que a las mismas se formulan en el presente dictamen.

No obstante, ha de llamarse la atención sobre algunas diferencias que pueden apreciarse entre aquel texto legal y el ahora proyectado y que aconsejan alguna revisión o modificación en este último.

Así, a partir de la distinta estructura que tiene la Ley Orgánica 1/2004, deberían suprimirse el proyectado artículo 39.3 y el segundo inciso del artículo 40.3. En el artículo 39.3 (relativo a los derechos de las funcionarias públicas) se dispone que la acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de

movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo "se realizará en los términos establecidos en el artículo 36 de esta ley orgánica"; y, por su parte, el artículo 40.3 (relativo a las ayudas económicas a las víctimas de violencia sexual) dispone, en su segundo inciso, que "la concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de esta ley orgánica". Sin embargo, en el artículo 36.1 ya se establece cómo acreditar las situaciones de violencias sexuales que dan lugar al reconocimiento de "los derechos regulados en este título"; título que incluye también el capítulo II, en el que se integran los citados artículos 39 y 40. Por tanto, en la medida en que esos artículos 39.3 y 40.3 (segundo inciso) parecen limitar a los allí mencionados los derechos cuyo reconocimiento puede obtenerse mediante una acreditación realizada en los términos del artículo 36, resulta conveniente su supresión.

Dichas previsiones (las de los artículos 39.3 y 40.3) parecen tener origen en una transposición mecánica de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica 1/2004 (en el caso del artículo 39.3 del Anteproyecto) y en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 1/2004 (en el caso del artículo 40.3 del Anteproyecto), que se remitían al artículo 23 de la misma Ley Orgánica 1/2004 (como ahora los artículos 39.3 y 40.3 se remiten al artículo 36 del Anteproyecto). Sucede, sin embargo, que el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 se refiere a la acreditación de las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento "de los derechos regulados en este capítulo" (el capítulo II del título II de la Ley Orgánica 1/2004). Puesto que los derechos regulados en los artículos 26 y 27 se encuentran en capítulos diferentes (capítulos III y IV, respectivamente, del mismo título II), era necesario incluir las remisiones de referencia. Sin embargo, como se ha indicado, el artículo 36 del Anteproyecto se refiere al reconocimiento "de los derechos regulados en este título", lo que incluye por tanto los derechos recogidos en el capítulo II. Ello aconseja suprimir el artículo 39.3 y el segundo inciso del artículo 40.3, para evitar la confusión apuntada en perjuicio de las víctimas de violencia sexual.

Por otra parte, la regulación de las ayudas económicas a las víctimas de violencia sexual encuentra también algunas diferencias respecto de las ayudas previstas en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 y suscita algunas dudas. En lo que se refiere a los requisitos, se observa que ya no se exige que se carezca de rentas superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional, sino que dicho importe se eleva al 100 %, aumentando así el número de potenciales beneficiarias; tampoco se exige ya que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos

para su inserción profesional. Y, en cuanto a sus efectos, se incorpora la posibilidad de prórroga.

La MAIN pone de manifiesto que en diversas observaciones se ha advertido esta diferencia de trato en perjuicio de las víctimas de violencia de género. Y opone la MAIN que la gravedad y el impacto de estos delitos en sus víctimas, así como el avance en la conciencia social, justifican que se incremente la protección de las víctimas de violencia sexual. A juicio del Consejo de Estado, dada la amplitud de los supuestos que tienen cabida tanto en la Ley Orgánica 1/2004 como en la ley orgánica ahora proyectada (y las distintas gravedades que pueden tener unos y otros), no cabe afirmar que la gravedad de los actos de violencia sexual a los que se refiere esta última sea, per se y en todo caso, mayor que la de los actos de violencia de género a los que se refiere la Ley Orgánica 1/2004. Se considera necesario, por ello, extremar las cautelas para no introducir diferencias de trato que no estén suficientemente justificadas.

Por lo demás, a partir de la regulación proyectada, no son pocas las cuestiones que suscitan estas ayudas (más allá del imprescindible cálculo del impacto económico y presupuestario que la nueva regulación ha de suponer). Así, no es claro cuál sea el marco temporal en el que tales ayudas pueden solicitarse (a partir del momento en que el derecho puede ejercerse) o cuál es el plazo de prescripción (que podría identificarse con el previsto en la Ley 35/1995, ampliado en estos efectos a través de la disposición final quinta del Anteproyecto). Tampoco es claro con el tenor proyectado cuándo se puede participar en estas ayudas, teniendo en cuenta que el artículo 38.2 dice que las víctimas de violencia sexual "tendrán derecho, en el momento de demandar un empleo, a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 40", pero habiéndose suprimido en el texto proyectado la previsión (que sí mantiene el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004) sobre los casos en que se presuma que la víctima no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional. Otras dudas se pueden suscitar acerca de cuándo han de concurrir las condiciones para tener derecho a la prórroga, si bien parece que deberá ser una vez transcurrido el número de mensualidades correspondiente en función del importe de la ayuda de que se trate (aun cuando se hubiera abonado en pago único).

En suma, ante estas y otras dudas que suscita prima facie el texto, y las que puedan derivar de su aplicación práctica, se sugiere una mayor amplitud de la remisión reglamentaria recogida en el primer inciso del artículo 40.3, de forma que la remisión al real decreto que allí se contiene no se refiera solo al procedimiento de concesión de estas ayudas, sino al procedimiento y requisitos o términos de su concesión.

TÍTULO V. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El título V agrupa cuatro artículos relativos a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

* Artículo 42. Actuación policial especializada

- Apartado 1

Con arreglo al apartado 1 de este artículo 42, las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales en los términos previstos en la presente ley orgánica.

El último inciso de este apartado "en los términos previstos en la presente ley orgánica" resulta superfluo, por evidente, y puede ser suprimido. Se ha de notar que las violencias sexuales se definen en el artículo 3.1 del anteproyecto, aplicable a todo él sin necesidad de reiteraciones.

- Apartado 2

El apartado 2 dispone lo siguiente:

"En ese mismo sentido, se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno. Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales".

En primer lugar, la expresión inicial "en ese mismo sentido" es imprecisa y tal vez impropia de un lenguaje normativo preciso. El apartado podría comenzar "Se adaptarán...".

Por lo demás, el primer inciso, relativo a la adaptación de "todas las herramientas y protocolos policiales" es coherente con el artículo 41 del Anteproyecto y con el primer párrafo del artículo 31 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ("El Gobierno y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas y de sus derechos reconocidos por esta Ley, aprobarán los Protocolos que resulten necesarios para la protección de las víctimas").

En cambio, el segundo inciso ("Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de

Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno") ha sido objeto de una observación por parte del Consejo Fiscal, por el carácter genérico y ambiguo de la obligación de suministro de información. El Consejo de Estado entiende que el inciso no es claro ni preciso. Por de pronto, se ignora qué son los "centros y órganos sociosanitarios", pues no se sabe si se refiere a los centros de asistencia social, a los sanitarios, o a los mixtos que participan de ambas condiciones y que son ciertamente escasos. Tampoco está claro cuáles son los "riesgos para la integridad de la víctima o de su entorno". Se entiende que no son riesgos de tipo sanitario, por ejemplo patologías, ni tampoco de índole estrictamente social, por ejemplo adicciones, sino los derivados de posibles actuaciones violentas de agresores, que son las que interesan por razón de la materia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (por ejemplo, amenazas o coacciones recibidas por la víctima o por su entorno). Ahora bien, estas posibles actuaciones violentas sin lugar a dudas tienen carácter de un delito público, de modo que están cubiertas por el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

"Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes".

Esto además, como es sabido, se completa en el artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los médicos en casos de lesiones.

Tampoco es claro el inciso cuando se refiere a la obligación de los "órganos (...) judiciales" de facilitar también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno". Ha sido objeto de consideraciones críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial, que ha puesto de manifiesto que las comunicaciones de los órganos judiciales a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad vienen recogidas en el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación

con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género.

Sin lugar a dudas, los jueces y magistrados son conscientes del derecho de las víctimas de los delitos a la protección, previsto en el artículo 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Esto además se detalla más para los jueces y magistrados del orden jurisdiccional penal, así como para todas las restantes autoridades y funcionarios públicos, en el artículo 19 de la misma ley, que comienza así:

"Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales...".

Indudablemente, estas "medidas necesarias" requerirán, en muchos casos, la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Pero con frecuencia los jueces y magistrados no se limitan a facilitar información a estos, sino que ellos mismos valoran el riesgo y adoptan las medidas necesarias de protección, a través de medidas cautelares o de otro tipo de resoluciones. Así pues, la protección de las víctimas compete de modo primordial a las autoridades judiciales, para lo que recaban la colaboración de las fuerzas policiales, no a la inversa.

Por último, el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género lógicamente ha de ser extendido en su alcance a la violencia sexual, en aplicación analógica del primer inciso del artículo 58.1 del Anteproyecto. En cuanto a su contenido, el Protocolo dedica un epígrafe completo, el III, a las comunicaciones entre los órganos judiciales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y lo regula en ambos sentidos. No consta que en este punto el Protocolo esté ocasionando problemas prácticos ni generando indefensión a las víctimas. Así las cosas, la irrupción de la ley orgánica en los términos del Anteproyecto podría resultar innecesariamente perturbadora del sistema establecido.

En síntesis, el segundo inciso del artículo 42.2 del Anteproyecto resulta poco preciso, reiterativo con otras normas legales, y escasamente coordinado con la realidad jurídica existente.

Sin embargo, este Alto Cuerpo Consultivo es consciente de la importancia que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen en la protección de las víctimas y de la necesidad de que cuenten con la mejor información para desarrollar este importante cometido. Tal es la preocupación que late en el inciso. Esto podría abordarse con otra orientación, que se indica a título de mera sugerencia.

En primer lugar, el actual segundo inciso del artículo 42.2 podría tener sustantividad propia, y configurar un apartado singular en el precepto. En segundo lugar, la obligación de suministro de información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado habría de generalizarse, precisamente para mejorar la protección. Podría por tanto dársele una redacción similar a esta:

"Quienes tengan noticia de riesgos para la integridad de la víctima o de su entorno habrán de denunciarlos o comunicarlos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado".

Por último, el tercer inciso ("Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales"), puede obedecer a una mala interpretación del informe de la Agencia Española de Protección de Datos. Su informe, ciertamente, puso de relieve que "la cesión que habrán de realizar los centros y órganos sociosanitarios y los judiciales de datos personales a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no podrá ser indiscriminada y genérica, sino necesarios en relación con un concreto supuesto, caso a caso". Sin embargo, la Agencia no pidió que se incorporara al texto un párrafo como el que ha pasado al tercer inciso del artículo 42.2. Hizo la observación con carácter general, algo sin duda pertinente.

El Consejo de Estado entiende que de la propia naturaleza de la "información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno" se sigue su carácter singular e individualizado. Resulta innecesario, por tanto, llevar al precepto el texto que figura en el tercer inciso.

- Apartado 3

El conjunto del apartado 3 expresa una loable preocupación de que sea el personal especializado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el que lleve las investigaciones y la atención a las víctimas. Sin embargo, ha de cuidarse que se haga compatible con este propósito la mayor celeridad posible en la actuación policial, que en muchas ocasiones es clave para esclarecer los hechos, detener a los culpables y proteger a la víctima y a su entorno. Ciertamente, en las grandes ciudades españolas no habrá dificultad alguna en que desde la "primera actuación policial" sean las unidades o el personal especializado los que intervengan. Sin embargo, esto puede resultar simplemente imposible en un contexto rural o de localidades de mediano tamaño, a menos que se quiebre la imprescindible celeridad.

Como los términos del precepto son taxativos, y lo configuran como un derecho de las víctimas, tal vez sea deseable eliminar las palabras iniciales ("En la primera atención policial y posterior acompañamiento").

Por último, el inciso final, relativo a las víctimas menores de edad, ha de ponerse en conexión con el artículo 50 de la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, recientemente aprobada por las Cortes Generales.

* Artículo 43. Investigación policial

Pese su rúbrica, el precepto no aborda la investigación policial, sino que se limita a dar un mandato a las "administraciones públicas competentes". Estas Administraciones son aquellas que dotan de medios a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para sus investigaciones: la Administración General del Estado, las de las comunidades autónomas o forales con Cuerpos de Policía propios y, eventualmente, las Administraciones municipales, así como la Administración institucional estatal (la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado) o autonómica.

El artículo tiene un escaso contenido normativo y parece insertarse en las habituales tensiones presupuestarias internas de las Administraciones públicas, ajenas a los ciudadanos. Podría ser suprimido.

* Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo

En el apartado 2, último inciso, del artículo 44 se aprecia de nuevo un mandato a las Administraciones públicas, en este caso encaminado a dotar a los cuerpos policiales del personal necesario. Al igual que ocurre en el artículo 43, se trata de una cuestión interna de las Administraciones, que no genera derechos ni deberes a los ciudadanos, y que no tiene fácil acomodo en una norma legal general de la importancia del anteproyecto de Ley Orgánica. Resulta preferible eliminar el inciso que comienza "A fin de cumplir tales objetivos...".

Por lo demás, la redacción del primer inciso del apartado 2 puede ser mejorada. Se hace una sugerencia al respecto. En primer lugar, sobra la frase inicial ("en el mismo sentido"), de dudoso alcance. Tal vez podría comenzar por el verbo "deberán", suponiendo que el sujeto es el del apartado 1, es decir, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas competentes. En segundo lugar, se repite el verbo "vigilar" y el sustantivo "vigilancia". Podría redactarse así:

"2.- Deberán controlar, a través de las unidades especializadas, el cumplimiento exacto de las medidas acordadas por los órganos judiciales encaminadas a la protección de la víctima a través de la vigilancia de los investigados o condenados".

* Artículo 45. Colaboración policial

Existen evidentes concomitancias entre este artículo y el apartado 5 del artículo 42, que podrían ser unificados en el mismo precepto.

TÍTULO VI. Acceso y obtención de justicia

* Artículo 46. Unidades de valoración forense integral

El artículo 46 prevé que las unidades de valoración forense integral, creadas 2005 en atención a lo previsto en la Ley Orgánica 1/2004, se ocuparán también los casos de violencias sexuales que no entrasen ya en su ámbito de competencias. El apartado 1 prevé un último inciso ("para lo cual serán reforzadas y se garantizará su presencia en todo el territorio del Estado") que constituye una cuestión meramente interna de organización de las Administraciones y sus recursos, por lo que no tiene fácil acomodo en una norma legal general de la importancia del anteproyecto de Ley Orgánica y podría eliminarse.

* Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial

El artículo 48 contempla una serie de medidas en orden a la información y acompañamiento de las víctimas en el ámbito judicial, a través de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que se encuentran ya previstas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Podría, por ello, eliminarse este artículo, para evitar la inseguridad jurídica derivada de los solapamientos regulatorios.

En otro caso, en el apartado 3 del artículo, donde dice "mujeres con discapacidad" debería decir "víctimas con discapacidad", para incluir también a los menores de ambos sexos, igualmente incluidos en el ámbito de aplicación del Anteproyecto.

* Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad

El contenido del artículo 49 resulta igualmente redundante, pues todas las medidas en él previstas se encuentran ya en otras normas legales: este es el caso de la protección a la intimidad de las víctimas y sus datos personales en las correspondientes actuaciones y procedimientos (apartado 1), con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 22 del Estatuto de la víctima del delito; la protección de sus datos personales por la Agencia Española de Protección de Datos (apartado 2); y la posibilidad de desarrollar vistas a puerta cerrada (apartado 3). Podría, por tanto, suprimirse.

* Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares

El artículo 50 se refiere a la asistencia a las víctimas que deberán prestar las Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior, dentro de sus deberes generales de protección de los españoles y españolas en el exterior. De acuerdo con el precepto anteproyectado, esa labor de protección incluirá facilitar la repatriación de las víctimas a España "en coordinación con la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género", precisión esta última que debe reemplazarse por la de "en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores", dada la gran complejidad de este tipo de tareas.

TÍTULO VII. Derecho a la reparación

La regulación contenida en este título VII entronca con uno de los fines que persigue el conjunto de medidas de protección integral y prevención de las violencias sexuales reguladas en el anteproyecto. En concreto, el artículo 1.3 incluye entre dichos fines, en su letra e), el de "garantizar la reparación integral de las víctimas de las violencias sexuales, incluida su recuperación y la restitución económica y moral de las mismas". * Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación

El título VII concreta ese fin, en primer término, determinando el alcance y garantía del derecho a la reparación en el artículo 51, a cuyo tenor:

"Las víctimas de violencias sexuales tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el artículo siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

Para garantizar este derecho se elaborará un programa administrativo de reparaciones que incluya medidas simbólicas, materiales, individuales y colectivas".

Aun cuando la previsión de elaborar el programa administrativo al que hace referencia el segundo apartado se considera una medida acertada, por tratarse de una herramienta útil en la determinación de las distintas medidas de reparación y en su articulación práctica, cabe objetar la falta de concreción de la autoridad o autoridades competentes para su elaboración y aprobación, así como la ausencia de toda referencia al contenido concreto de ese programa, sin precisarse tampoco cuál ha de ser su ámbito temporal de aplicación ni cuándo debe ser revisado.

Debería, en definitiva, dotarse de un contenido más amplio y concreto a este apartado.

Por lo demás, la identificación de dicho programa como "programa administrativo de reparaciones" no es del todo acertada, considerándose más adecuado al objeto de dicho instrumento denominarlo "programa administrativo de garantía del derecho a la reparación de las víctimas de violencias sexuales".

En fin, este derecho a la reparación en todo caso debe entenderse sin perjuicio de la indemnización a que eventualmente pudieran tener derecho las víctimas en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, al amparo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de

Justicia, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

* Artículo 52. Indemnización

Este precepto hace referencia a la indemnización por daños y perjuicios que corresponde a las víctimas de violencias sexuales, identificando en su primer apartado los conceptos que la integran.

Al margen de la confusión conceptual que se aprecia en la letra a) de este apartado al mencionar el daño moral y el daño a la dignidad como categorías de perjuicios comprendidas en la noción de daño psicológico, el Consejo de Estado considera que el Anteproyecto sometido a consulta no es el vehículo normativo idóneo para determinar cuál debe ser el contenido de la indemnización que, una vez declarada por sentencia la existencia de un delito de violencia sexual, corresponde abonar al responsable (apartado 2).

En efecto, esta cuestión se encuentra ya regulada con suficiente precisión y claridad en el Código Penal, cuyo artículo 109 preceptúa en su primer apartado que "la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados", aclarando el apartado segundo que "el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil".

Partiendo de lo anterior, el artículo 110 declara que la responsabilidad civil derivada de delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La referencia que este precepto contiene a los perjuicios materiales y morales es suficiente para garantizar el principio de indemnidad que inspira el régimen de la responsabilidad y que obliga al resarcimiento íntegro del daño o lesión ocasionado y ha sido objeto, además, de una amplia interpretación jurisprudencial. No se advierte, por tanto, la necesidad de detallar el contenido de la indemnización con la enunciación de los distintos conceptos que deben entenderse incluidos en ella, máxime cuando esa enunciación tiene carácter *numerus clausus* y limita, así, el necesario margen de apreciación y adaptación a las singularidades del caso concreto que la regulación contenida en el Código Penal permite al órgano judicial.

Se sugiere, por ello, suprimir el precepto analizado, no solo por considerarse técnicamente incorrecto en su formulación y superfluo en su contenido, sino también por referirse a una cuestión que desborda el objeto específico de la norma proyectada y que se encuentra ya correctamente disciplinada en la norma en la que, con arreglo a la doctrina de la *sedes materiae*, debe abordarse su regulación.

* Artículo 53. Pensión de orfandad y prestación de orfandad

Por lo que se refiere a este precepto, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ha puesto de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente su oposición a su inclusión en el Anteproyecto, por considerar que la regulación que contiene sobre la pensión y la prestación de orfandad constituye una reiteración de previsiones contenidas en texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS). En último término, el ministerio mencionado propuso una redacción alternativa del precepto que, finalmente, ha sido incluida en la versión del Anteproyecto que ha sido sometido a la consideración del Consejo de Estado.

En cualquier caso, lo cierto es que, como ha indicado ese departamento, la finalidad perseguida con este precepto se cumple con la modificación del artículo 224 de la LGSS, que se contiene en el apartado tres de la disposición final decimocuarta del Anteproyecto, de mayor concreción en cuanto a los requisitos que las hijas e hijos de las víctimas fallecidas por causa de violencias sexuales han de reunir para acceder a la correspondiente pensión o prestación. A lo que ha de añadirse que, aun cuando pudiera llegar a apreciarse que la pensión y la prestación de orfandad son medidas de reparación, sin duda no lo son de la víctima, sino de sus descendientes, por lo que su encaje en este título VII, dedicado a la regulación del derecho a la reparación de las víctimas de violencias sexuales, como establece el ya citado artículo 51.1 del Anteproyecto, no es técnicamente correcta.

Por todo ello, el Consejo de Estado sugiere a la autoridad consultante que valore la pertinencia de suprimir el precepto, al regularse la cuestión en la indicada modificación de la LGSS, o, en su defecto, de reubicarlo en otro título (por ejemplo, tras regular en el artículo 40 las "ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales").

* Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición

En relación con el artículo 54, el apartado 1 establece que "las administraciones públicas garantizarán la completa recuperación física, psíquica y social de las víctimas a través de la red de recursos de atención integral previstos en el título IV".

Aun cuando se valora positivamente que se implique activamente a las Administraciones públicas en el proceso de recuperación de las víctimas de violencias sexuales y que aquellas asuman compromisos concretos para favorecer, a través de una red de recursos de atención integral orientada a tal fin, esa recuperación, el Consejo de Estado considera que la imposición de un concreto deber de resultado - garantizar la recuperación- cuyo cumplimiento no depende únicamente de la capacidad de proveer a la víctima de los medios necesarios para lograr ese objetivo, excede el ámbito de las obligaciones que pueden

pesar sobre los poderes públicos. Dicho en otros términos, se pueden garantizar los medios, pero no aquellos resultados.

Esta afirmación cobra particular sentido si se tiene en cuenta que, al configurarse aparentemente como una obligación legal de garantizar la recuperación (física, psíquica y social), la falta de consecución de dicho objetivo podría interpretarse como potencial desencadenante de consecuencias en el plano de la responsabilidad de los poderes públicos, incluso si se lograra acreditar que se han facilitado todos los medios públicos disponibles a tal fin a través de la indicada red de recursos del título IV del Anteproyecto, lo que supondría desnaturalizar aquella institución de la responsabilidad.

A la vista de todo ello, se sugiere que se proceda a la sustitución del verbo "garantizarán" por otro que imponga un deber a los poderes públicos de procura o promoción de dicha recuperación completa (por ejemplo, "procurarán" o "promoverán", entre otros).

* Artículo 55. Fondos para la reparación a las víctimas

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 de este precepto "la Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia recibirán fondos para la reparación a las víctimas, resultantes de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal".

Añade el apartado 2 que "estos fondos podrán destinarse a financiar las ayudas establecidas en el artículo 54.2, así como medidas de inserción laboral y fomento de la autonomía económica, dirigidas prioritariamente a las víctimas de explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, en coordinación con las comunidades autónomas y las entidades locales".

Así pues, el destino que de modo imperativo y principal se prevé para los objetos decomisados a los condenados por los mencionados delitos es el de subvenir a la reparación a la que las víctimas tienen derecho. Dado que dicha reparación comprende, ante todo, la indemnización prevista en el artículo 52 y que, de conformidad con su apartado 2, tal indemnización "será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente", ha de interpretarse que los fondos a que se refiere el artículo 55 deberán destinarse a sufragar las restantes medidas de reparación de las víctimas previstas en el título VII del Anteproyecto. No obstante, podría también considerarse que tales fondos podrían también emplearse para cubrir en todo o en parte las indicadas indemnizaciones en los casos en que los responsables sean declarados en situación de insolvencia o no puedan, por otros motivos, afrontar el pago a las víctimas.

En consecuencia, se sugiere que se revise la redacción del primer apartado, a fin de aclarar el destino que debe darse a los referidos fondos y ello sin perjuicio de que esta cuestión pueda ser objeto de regulación en el proyecto de ley de creación y regulación del fondo de bienes decomisados por delitos contra la libertad sexual a que se refiere la disposición final decimonovena del anteproyecto.

TÍTULO VIII. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica

* Artículo 57. Estructura institucional

El artículo 57 establece, en su apartado 1: "La Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género impulsará, en colaboración con el resto de los poderes públicos y con la participación organizaciones de la sociedad civil, la propuesta, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas en aplicación de esta ley orgánica por parte de la Administración General del Estado para la protección integral del derecho a la libertad sexual y para la erradicación de todas las violencias sexuales". El Consejo de Estado considera que esta atribución competencial, por su amplitud, introduce una excesiva rigidez en la organización gubernamental, que no debe congelarse a nivel legislativo con la extensión prevista en este precepto. Debería, por tanto, eliminarse este artículo 57.1 o bien delimitar de forma más precisa las competencias a las que alude.

Por lo demás, existe una errata al hablar de "la participación organización de la sociedad civil" (falta la proposición "de"), y convendría hacer referencia expresa, entre esas organizaciones, a los sindicatos y organizaciones empresariales.

* Artículo 61. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica

El contenido de este artículo 61, que prevé la elaboración de un informe de evaluación de la aplicación de la aplicación de la ley orgánica a los tres años de su entrada en vigor, debería trasladarse a una disposición adicional, por tratarse de un mandato al Gobierno no dirigido a la producción de una norma jurídica, de conformidad con lo establecido en las Directrices de Técnica Normativa (Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005).

Quinta. Observaciones a las disposiciones finales del Anteproyecto

El Anteproyecto cuenta con veintidós disposiciones finales; las catorce primeras llevan a cabo sendas modificaciones en otras tantas leyes y leyes orgánicas, en aspectos relacionados con el objeto del Anteproyecto. Se formularán a continuación algunas observaciones en relación con algunas de estas disposiciones.

A) Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882

En su disposición final primera, el Anteproyecto introduce varias modificaciones de gran relevancia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificaciones que en la mayor parte de los casos alcanzan a todos los procedimientos penales, sean por delitos contra la libertad sexual o no.

En primer lugar, se añade un nuevo párrafo al artículo 13, permitiendo la adopción como primeras diligencias, en la instrucción de delitos cometidos a través de internet, teléfono u otras tecnologías, la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción de los servicios o su bloqueo cuando radiquen en el extranjero. El Consejo de Estado valora positivamente esta modificación, que proviene de una sugerencia efectuada por el Consejo Fiscal al proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia.

Se modifica también el artículo 112, con la finalidad de eliminar la irrevocabilidad de la renuncia a la acción civil. La revocación se subordina a la concurrencia de dos circunstancias alternativas -que las consecuencias del delito sean más graves que las que se preveían en el momento de la renuncia, o que esta pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito-, debe ser adoptada por el juez, a solicitud de la persona dañada o perjudicada, oídas las partes, y en todo caso solicitada antes del trámite de calificación. Coincide por ello el Consejo de Estado con la valoración que hace el Consejo General del Poder Judicial de que el precepto proyectado rodea de garantías suficientes esa revocación.

A continuación, se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 681, con la finalidad de extender la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas prevista en este artículo (y en el artículo 22 del Estatuto de la víctima del delito) a las que lo sean de delitos contra la libertad sexual, lo que no puede merecer sino una valoración positiva. No se ha justificado, sin embargo, la razón por la que esa misma protección no se prevé para las víctimas de los delitos de mutilación genital, matrimonio forzado y trata con fines de explotación sexual, incluidos en el artículo 3.1 del Anteproyecto.

Se modifica también la redacción del artículo 709, en orden a una más precisa delimitación de las preguntas que el Presidente debe impedir que se formulen a las víctimas, en línea con lo establecido en el artículo 54 del Convenio de Estambul, con arreglo al cual: "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los

antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario".

El artículo 709, en su redacción vigente, contiene un segundo párrafo que establece lo siguiente:

"El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas".

Esta redacción vigente garantiza ya, a juicio del Consejo de Estado, el cumplimiento de las exigencias del Convenio de Estambul, en la medida en que las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima pueden ser consideradas "preguntas innecesarias relativas a la vida privada", sin perjuicio de la posibilidad de su aceptación, como indica el Convenio, cuando sean pertinentes o necesarias, en particular, para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

Con la finalidad de enmarcar de forma más estricta la posibilidad de admitir este tipo de preguntas, que pueden dar lugar a situaciones de revictimización, el Anteproyecto da nueva redacción a ese párrafo segundo y añade uno nuevo a continuación, con el siguiente tenor:

"El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas. En todo caso, se entenderán incluidas en las categorías anteriores las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias".

Coincidiendo con lo informado en este punto por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado considera que sería más correcto refundir ambos párrafos en uno solo, en la medida en que el nuevo tercer párrafo (preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima) constituye una concreción del supuesto previsto en el anterior (preguntas relativas a la vida privada). Por motivos de seguridad jurídica y de comprensión del precepto, por tanto, debería unificarse el tratamiento de ambos supuestos.

B) Disposición final tercera. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

La disposición final tercera del Anteproyecto da nueva redacción al párrafo a) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad, en orden a incluir un nuevo supuesto de publicidad ilícita, en línea con lo previsto en el artículo 11.1 del propio Anteproyecto.

Sin perjuicio de la observación que ya se efectuó en relación con la necesaria armonización del contenido de esta reforma legal a lo previsto en el citado artículo 11.1, cabe recordar que Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, da ya nueva redacción al citado artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad para la introducción de otros supuestos de publicidad ilícita relacionados con esa protección de la infancia y la adolescencia. El contenido de esos nuevos supuestos no se encuentra reflejado o consolidado en la redacción que a ese mismo precepto da el Anteproyecto, por lo que, de aprobarse la actual versión de este, la modificación operada por la referida ley orgánica (que previsiblemente será aprobada antes) quedaría automáticamente reemplazada. El Consejo de Estado debe por ello recordar que es necesaria una adecuada coordinación entre las distintas iniciativas legislativas y, en todo caso, debería evitarse que un artículo de tanta relevancia sea objeto de modificaciones sucesivas en tan corto espacio de tiempo.

C) Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La disposición final cuarta del Anteproyecto lleva a cabo una reforma del Código Penal (CP) de cierto calado en materia de delitos sexuales otras cuestiones conexas.

* Modificación del artículo 36.2 del CP

Se modifica el artículo 36.2 del CP, relativo a los requisitos para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario. Por una parte, se realiza una modificación formal en la letra c), para cambiar la referencia a los delitos del artículo 183 a "delitos del artículo 181", en atención a la reforma de esos preceptos que realiza el propio Anteproyecto. Por otra parte, en la letra d), relativa a los delitos del capítulo V del título VIII del libro II, se modifica el inciso que ahora dice "cuando la víctima sea menor de trece años", para referirse a la edad de dieciséis años, igualmente en coherencia con otras previsiones del Anteproyecto.

Por último, se añade un nuevo párrafo con el siguiente tenor literal:

"A los efectos de los apartados c) y d) si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta la superación del programa de tratamiento de agresores sexuales".

Nada cabe objetar, a juicio del Consejo de Estado, a esta importante novedad consistente en la exigencia del sometimiento a un programa de tratamiento para el acceso al tercer grado, previsión que respeta el principio de proporcionalidad en la medida en que su aplicación se limita a delitos cometidos contra menores de edad. La redacción de este párrafo es susceptible, no obstante, de algunas mejoras: desde un punto de vista formal, en primer lugar, sería preferible hacer referencia a "las letras c) y d)", como es habitual, y añadir una coma después de d); desde un punto de vista terminológico, en segundo lugar, se sugiere sustituir la referencia a los "agresores sexuales" por el de "condenados por agresión sexual", con la finalidad de evitar una terminología que, en algunos casos, pueda resultar en una indebida estigmatización. Por último, como es lógico, ese párrafo debe situarse después de las letras c) y d), y no entre ambas, en la medida en que añade un requisito aplicable a las mismas; realizado este cambio, en el último párrafo del precepto debe sustituirse la actual referencia al "párrafo anterior" por una referencia a "la letra d)".

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, da también una nueva redacción a este artículo 36.2 del CP. En la medida en que el contenido de esa reciente reforma no se encuentre consolidado en la redacción que a ese mismo precepto da el Anteproyecto, la modificación operada por aquella ley orgánica quedaría automáticamente reemplazada por lo dispuesto en este. El Consejo de Estado debe por ello insistir una vez más en la ineludible necesidad de coordinar mínimamente las distintas iniciativas legislativas del Gobierno en orden a evitar este tipo de incoherencias y solapamientos. En todo caso, tal y como se señaló en las consideraciones generales del presente dictamen, debe evitarse que las normas penales sean objeto de modificaciones sucesivas en tan corto espacio de tiempo.

* Modificación del artículo 83.2 del CP

Se añade un nuevo párrafo (que será el segundo) al apartado 2 del artículo 83 del CP, con la finalidad de extender las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del apartado 1 (prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo y deber de participar en programas formativos, entre otros), como requisito para acordar la suspensión de la ejecución de la pena, en el caso de "delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos".

La reforma proyectada no puede sino valorarse positivamente, en la medida en que los supuestos referidos merecen a estos efectos el mismo tratamiento que los delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a

ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, único supuesto que actualmente contempla el precepto. Sin perjuicio de ello, entiende el Consejo de Estado que, con carácter general, sería adecuado tratar conjuntamente todos estos supuestos y añadir, en todos los casos, un inciso que permita al órgano judicial exceptuar excepcional y motivadamente esta regla en atención, en su caso, al interés superior del menor ("salvo que el interés superior del menor aconseje otra cosa").

* Modificación del artículo 172 bis del CP

Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 172 bis, con el siguiente tenor literal:

"4. En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos".

Esta modificación trae causa del artículo 32 del Convenio de Estambul ("Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas"). Junto a estos efectos para la nulidad o disolución del matrimonio forzado, se añaden dos previsiones sobre la filiación y la fijación de alimentos, en un claro paralelismo con lo ya establecido en el artículo 193 del CP en el caso de sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual. Cabría plantearse, no obstante, si en los casos de matrimonio forzado resulta oportuna la referencia general a la filiación de los hijos que eventualmente puedan haber nacido del mismo, cuestión para la que, en todo caso, serán de aplicación las reglas del artículo 79 del Código Civil, y que presenta en estos supuestos una mayor complejidad que en los casos de violación.

* Modificación del artículo 172 ter.1 del CP

Se introducen algunos cambios en la tipificación del delito de acoso, dando nueva redacción al primer y último párrafo del artículo 172 ter, apartado 1.

En el párrafo primero, la novedad más importante radica en la eliminación del adverbio "gravemente" que la actual redacción utiliza para calificar la alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima que el acoso debe producir para resultar punible ("... el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:...").

El Consejo de Estado considera que debería mantenerse ese umbral mínimo de alteración de la vida cotidiana de la víctima para la tipificación penal de este tipo de conductas, en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal, que en nuestro sistema constitucional debe ser una ultima ratio. Esta misma concepción parece traslucir en el Convenio de Estambul, cuyo artículo 34 establece que los firmantes deben tipificar como delito "el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad".

Por otra parte, podría aprovechar para eliminarse el inciso "sin estar legítimamente autorizado", que resulta innecesario, en particular porque, si existiese algún tipo de causa legítima para una conducta inicialmente tipificada dentro del acoso, tendría cabida en los supuestos de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20 del CP.

* Modificación del artículo 173.1 y 4 del CP

En el apartado 1 del artículo 173, relativo a los tratos degradantes, se incluye un nuevo párrafo con la finalidad de prever la posibilidad de su comisión por una persona jurídica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis. Nada cabe objetar a esta previsión, que incluye la consiguiente referencia a las penas aplicables.

El apartado 4 tipifica como delito leve la injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del CP, que se refiere a los malos tratos habituales en el ámbito familiar. El Anteproyecto añade a continuación un nuevo párrafo con un nuevo tipo penal al que se aplicarán las mismas penas fijadas para el referido delito leve de injurias, tipo con el que se pretende cubrir los casos no cubiertos con el delito de acoso del artículo 184 ni en el artículo 443.1 del CP, sancionando "a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad".

El Consejo de Estado considera que la proyectada modificación está en línea con las exigencias del artículo 40 del Convenio de Estambul. Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en este artículo del Convenio (que se refiere expresamente a comportamientos que tengan "por objeto o resultado violar la dignidad de una persona") y en atención a la necesidad de mantener el despliegue del Derecho penal como ultima ratio, debería introducirse una referencia a la entidad o carácter significativo que debe tener la vulneración tipificada.

* Sobre la reforma del título VIII del libro II del CP, en general

El elemento central de la proyectada reforma del CP radica en el título VIII del libro II. Este título ha sido objeto de cinco modificaciones sucesivas desde la aprobación del Código en 1995: mediante Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

El Anteproyecto sometido a dictamen prevé modificaciones de gran relevancia y alcance en esta regulación, empezando por la rúbrica del título VIII, en la que el prelegislador opta por abandonar la referencia a la "indemnidad sexual" que se introdujo en el año 1999 (Ley Orgánica 11/ 1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal). La incorporación de tal referencia suscitó en aquel momento amplias discusiones sobre su conveniencia, en particular por las dudas sobre la generalización de la idea de "intangibilidad sexual" de menores y personas con discapacidad cognitiva. Consolidado el término y su concepto en la jurisprudencia de estos últimos veinte años, la decisión prelegislativa a este respecto pertenece a una opción terminológica sin ulterior repercusión sustantiva. El bien jurídico "libertad sexual" protegido en el Código Penal en su vertiente negativa, como prohibición de interferencia no consentida, se considera en la doctrina y la jurisprudencia desde el prisma de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, en cuyo marco se sitúa lo que se venía denominando la "indemnidad sexual". No obstante, hubiera sido deseable contar en la Memoria con algún tipo de justificación en relación con este cambio.

Por lo demás, y sin perjuicio de las observaciones que a continuación se expondrán en relación con los distintos artículos de este título afectados por la reforma proyectada, cabe destacar que se elimina la distinción entre el tipo de agresión sexual y el de abuso sexual, refundiendo ambos bajo la misma denominación en un mismo precepto, el artículo 178 del CP. En el artículo 179 del CP se recoge la agresión cualificada como delito de violación, y en el artículo 180 se recoge un elenco detallado de otras agravaciones.

Paralelamente, el Anteproyecto lleva a cabo una revisión del correspondiente cuadro penológico, con reducción de los límites máximos de algunas de las penas previstas para los delitos de este título (los tipos básicos y agravados de agresión sexual y los de violación, por ejemplo), sin perjuicio de que, como consecuencia de la referida refundición de tipos penales, algunas conductas puedan pasar a sancionarse con una pena superior, por su tipificación como agresión sexual.

* Modificación del artículo 178 del CP

En primer lugar, el Anteproyecto da una redacción completamente nueva al artículo 178 del CP, que pasa a tener tres apartados:

Los apartados 1 y 2 establecen lo siguiente:

"1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no hay consentimiento cuando no se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara e inequívoca la voluntad de la persona. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad".

Según se desprende de la Memoria, el precepto parte de un cambio de paradigma, al desplazar el centro del tipo al hecho de atentar contra la libertad de la persona, sin que sea indispensable que concurra, como en el actual delito de agresión sexual, violencia o intimidación.

La redacción del apartado 1 de este artículo plantea, sin embargo, numerosos interrogantes, que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe subrayarse que, de alguna forma, la definición del nuevo delito de agresión sexual con referencia a la ausencia de consentimiento y al atentado a la libertad sexual que propone el Anteproyecto ("el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento") incurre en cierta redundancia, pues si hubiese consentimiento no habría atentado a la libertad sexual.

En segundo lugar, los términos "cualquier acto que atente contra la libertad sexual" implica incluir, penalizándolos como delito de agresión sexual, actos que impidan manifestaciones de la libertad sexual en su faceta positiva (por ejemplo, el padre que trata de impedir que su hija o hijo tenga una relación sexual con una determinada persona), lo que no parece ser la voluntad del prelegislador. Fuera de los casos en que concurra intimidación relevante -que pueden ser constitutivos de un delito de coacciones- o violencia -en cuyo caso podría haber un delito de lesiones-, impedir la expresión libre de otro en su conducta sexual no está castigado en vía penal. A juicio del Consejo de Estado, proteger penalmente la libertad sexual en su vertiente positiva sería una novedad contraria al principio de ultima ratio del Derecho penal, así como a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por todo ello, sería preferible que la definición típica de la figura de agresión sexual en sus rasgos básicos recogiera con mejor precisión que la conducta prohibida es la de quien impone a otra persona actos de significado sexual despreciando la voluntad de dicha persona. Esto es, desprecio de la libertad de otra persona en el ámbito de las relaciones sexuales, ya sea porque se doblega la voluntad contraria de la víctima mediante violencia o intimidación, ya sea porque se le determina coactivamente por presión o por prevalimiento de situación, obteniendo la apariencia de consentimiento, en definitiva consentimiento viciado, o por aprovechamiento de la imposibilidad de la otra persona de manifestar su consentimiento.

Por ello, como rasgo básico común a las distintas modalidades de agresión sexual incluidas en el artículo 178, en ese apartado 1 debe precisarse que se trata de actos de carácter sexual no consentidos, y no de otros ataques que podrían consistir en imponer una prohibición o impedimento a otra persona en su libre ejercicio de la sexualidad. Una formulación que ponga el acento en el carácter sexual del acto que se impone, en lugar de una abierta alusión a la vulneración de la libertad sexual. La nueva redacción proyectada del artículo 181.1 del CP, en los términos que después se verá, es más acertada en este aspecto.

En tercer lugar, sorprende la utilización del término de origen latino "reo", claramente arcaizante aunque se mantenga aun en algunos artículos del Código provenientes de antiguas redacciones. Debería utilizarse en su lugar el más moderno de "responsable", que es, además, el que ya emplea la vigente redacción del artículo 178.

En cuarto lugar, debe examinarse la redacción propuesta en cuanto afecta al elemento del consentimiento. La ausencia de consentimiento constituye el elemento central del tipo, y el proyectado apartado 1 la define a continuación, apartándose del modelo vigente, con incorporación de una cláusula expresa de denegación del consentimiento. La Memoria argumenta que se trata de una opción en la línea del modelo implantado en Gran Bretaña o Suecia: en resumen, se considera que existe agresión sexual siempre que no haya habido consentimiento al acto de que se trate.

Ahora bien, a diferencia, por ejemplo, de la Sexual Offences Act 2003 aplicable en Inglaterra y Gales, en la que la prestación del consentimiento se define en sentido positivo con referencia a la libertad y a la capacidad de la persona ("74. For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice"), el Anteproyecto implanta el "yes model" utilizando una definición negativa de la ausencia de consentimiento ("Se entenderá que no hay consentimiento cuando no se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara e inequívoca la

voluntad de la persona"), esto es, una doble negación que resulta algo oscura.

De forma más clara, podría haberse recurrido a una definición positiva del consentimiento, con el fin de evitar las dudas que pudieran derivar de la utilización de una doble negación en castellano, como también la confusión que esa doble negación pudiera generar acerca del modelo de consentimiento que se plasma en el Anteproyecto; formulación positiva que puede orientarse en una línea semejante a la formulación del artículo 36.2 del Convenio de Estambul, en el que se dice literalmente lo siguiente: "El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

Ha de recordarse que la reforma proyectada no amplía el campo de intervención penal en el ámbito de la libertad sexual, lo que hace es agrupar dos tipos de conductas antes constitutivos de delitos distintos (agresión y abusos sexuales) bajo un único tipo delictivo (agresión sexual). Los supuestos del antiguo delito de agresión sexual (violencia e intimidación) se explicitan en el apartado 2 del artículo 178, quedando así la fórmula residual del apartado 1 para los antiguos casos de abuso sexual.

La formulación adoptada en relación con la cláusula del consentimiento tampoco se aleja en exceso en la práctica de los criterios interpretativos que emplea la más reciente jurisprudencia para aplicar la llamada "intimidación ambiental" o el consentimiento viciado en el caso de abusos sexuales. Así dice el Tribunal Supremo que "El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal, exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal, se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos" (SSTS Sala Segunda, n.º 1169/2004, de 18 de octubre; y n.º 344/2019, 4 de julio - caso "La Manada"-, y STS 145/2020, de 14 de mayo).

La inclusión de la falta de consentimiento como elemento típico que determina la ilicitud penal de la conducta es, por otra parte, algo

habitual en nuestro ordenamiento (por ejemplo, en los delitos contra la intimidad y de revelación de secretos como en el artículo 197 del CP). Cuando lo que se discute es la existencia o no del consentimiento o de la autorización que convertiría la conducta en perfectamente legítima, el problema probatorio se convierte en el aspecto central. Se trata de un problema cotidiano en los procesos penales cuya resolución en ningún caso puede violentar el derecho fundamental a la presunción de inocencia ni permitir la inversión de la carga de la prueba, por lo que el problema operativo de las cláusulas de consentimiento seguirá siendo de naturaleza probatoria, como reitera con claridad la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 447/2021, de 26 de mayo.

El nuevo apartado 3 del comentado artículo 178 queda redactado así:

"3. El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable".

El Consejo de Estado valora favorablemente esta previsión, orientada a permitir una mejor individualización judicial de la pena, en la medida en que las previstas en este apartado se acercan a las que la vigente redacción del CP prevé para el tipo básico de abuso sexual. Por otra parte, podría sustituirse "El o la juez o tribunal" por "El órgano sentenciador".

* Modificación del artículo 179 del CP

En relación con la redacción proyectada del artículo 179 del CP, relativo al delito de violación, cabe simplemente reproducir lo ya indicado en la observación anterior en relación con la necesaria sustitución del término "reo" por el de "responsable", que se adecúa mejor a la terminología utilizada en las últimas reformas del CP.

* Modificación del artículo 180 del CP

El artículo 180 del CP enumera las agravantes aplicables a los delitos de agresión sexual (incluido el delito de violación).

Es nueva la agravante prevista en el ordinal 4.^a, que dice "Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". En primer lugar, no parece adecuada la perspectiva de género adoptada en la redacción de esta agravante, que debería referirse (como hace, por lo demás, el artículo 46.a) del Convenio de Estambul) al "cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". En segundo lugar, el Consejo de Estado no considera correcto el carácter automático de esta

agravación, que el Convenio de Estambul configura solo como una circunstancia que se debe poder considerar con carácter potestativo, función que ya viene cumpliendo la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del CP. Frente a esta última, la referida circunstancia 4.^a crea de facto un tipo cualificado que introduce una excesiva rigidez, sin margen de adaptación a las circunstancias del caso. Debería, por ello, eliminarse.

Nueva y de gran importancia es también la agravante 7.^a: "Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto". La inclusión de esta circunstancia merece una valoración muy positiva, al permitir considerar la llamada sumisión química con finalidad sexual como un supuesto agravado de agresión sexual (o violación), en lugar de un delito de abuso sexual.

* Modificación del artículo 181 del CP

Se da nueva redacción al artículo 181 del CP, que pasa ahora a regular el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años.

El apartado 4 contempla las circunstancias agravantes aplicables a este tipo delictivo, entre las que se encuentra la siguiente: "d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". Por de pronto, no alcanza a entenderse la diferencia entre los dos supuestos allí contemplados; por otra parte, si bien es cierto que una relación de este tipo puede existir cuando la víctima sea menor de dieciséis años, podría resultar de más difícil apreciación y, en todo caso, cabe dar aquí por reproducida la observación formulada en relación con la nueva agravante 4.^a del artículo 180 y la posibilidad de aplicación del artículo 23 del CP. Se sugiere, por ello, su supresión.

* Modificación del artículo 183 bis del CP

También en relación con las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, se da nueva redacción al antiguo artículo 183 quater, que pasa a ser el artículo 183 bis, ampliándose los supuestos de exención de responsabilidad penal por los referidos delitos en los siguientes términos:

"Salvo en los casos en que se hayan empleado los medios previstos en el apartado segundo del artículo 178, el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica".

La introducción de la salvedad inicial ("Salvo en los casos en que se hayan empleado los medios previstos en el apartado segundo del artículo 178") resulta en realidad redundante, pues en tales casos no

podría hablarse de consentimiento; puede, sin embargo, mantenerse, en la medida en que persigue adaptar claramente la exención a la nueva refundición de tipos. Sin embargo, no debería hablarse exclusivamente del "empleo de los medios" del artículo 178.2, pues esto podría dar pie a incluir solo la violencia, intimidación y el abuso de superioridad o de la vulnerabilidad de la víctima y no las restantes "circunstancias" del artículo 178.2 que no son propiamente "medios", sino elementos de contexto o circunstanciales, como la privación de sentido o la anulación de la voluntad. Se propone, por ello, la siguiente redacción alternativa:

"Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica".

Por otra parte, una vez más debe señalarse que este precepto (contenido en el vigente 183 quater del CP) ha sido igualmente modificado por la Ley Orgánica de protección de la infancia y la adolescencia, por lo que deben darse de nuevo aquí por reproducidas las observaciones formuladas, por ejemplo, en relación con la reforma del artículo 36.2 del CP, reiterándose la responsabilidad que tiene el Gobierno de garantizar un nivel mínimo de seguridad jurídica en las reformas legales que acomete, muy particularmente en el ámbito de la legislación penal.

* Modificación del artículo 184 del CP

En el artículo 184 del CP, relativo al delito de acoso sexual, se incrementa de forma notoria la pena de prisión para estas conductas (el marco actual de tres a cinco meses de prisión pasa a una duración de entre seis y doce meses), y también se eleva ligeramente la pena alternativa de multa y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y oficio. Hubiera sido deseable que en la Memoria se ofreciese alguna justificación al respecto.

* El nuevo marco penológico ampliado

La opción por la unificación de las dos modalidades típicas básicas - agresión y abuso- bajo la denominación única de agresión sexual se acompaña de una correlativa modificación parcial del marco penológico, esto es, del umbral máximo y mínimo de las penas previstas en abstracto para estas conductas.

Dichas conductas se estructuran a estos efectos en tres niveles de gravedad: a) las del tipo básico de agresión sexual; b) las de agresión cualificada caracterizadas por la mayor intromisión corporal que incrementa la entidad de la afectación a la libertad en el ámbito de la

intimidad sexual corporal (las distintas formas de penetración que el tipo penal describe); y c) la ulterior elevación de pena en cada caso cuando concurrieran las agravantes específicas recogidas en el artículo 180.

La novedad es que, al agruparse en el mismo tipo básico lo que en la redacción vigente constituye una primera diferenciación (agresiones más graves que los abusos), los umbrales de la gravedad de la pena se amplían, porque funden las previsiones actuales conformando una duración mínima igual a la señalada actualmente para el delito de abusos sexuales y una duración máxima que viene a aproximarse al máximo de pena previsto en la normativa actual para el delito de agresiones sexuales (no hay una correspondencia exacta con ese máximo, probablemente para alejarlos de las penas previstas para el delito de homicidio, salvo alguna excepción a la que en seguida se aludirá).

En la actualidad, las franjas de duración de la pena previstas de forma diferenciada para los abusos sexuales y para las agresiones sexuales presentan ya un solapamiento parcial, de forma que una determinada conducta de abuso sexual puede conllevar una pena igual a la de una agresión sexual de similar gravedad.

La variada casuística de comportamientos de esta clase conduce a que la delimitación de los contornos de la gravedad por el uso de violencia o intimidación no siempre indiquen una gravedad sustancialmente mayor que el aprovechamiento de situaciones de especial vulnerabilidad, de pérdida de conciencia, en definitiva comportamientos sexuales no consentidos. Corresponde a la decisión judicial tener en cuenta las circunstancias de cada caso y explicar motivadamente la elección de la pena concreta dentro de esas franjas de mínimos y máximos. En esta valoración individualizada de las circunstancias es donde entra en juego de forma decisiva la observancia de la garantía de que la pena no sea desproporcionada a la gravedad del hecho. El marco penal en abstracto de los límites mínimos y máximos debe permitir que la elección de la pena concreta se acomode a la exigencia constitucional de proporcionalidad y prohibición del exceso. Como viene recalcando el Tribunal Constitucional, la elección de la entidad de las penas es una compleja decisión político- criminal de las cámaras legislativas. Así en la STC 60/2010, FJ 7, con amplia referencia a su consolidada doctrina, recuerda que es potestad exclusiva del legislador "configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo", y que en esta configuración, que supone "un complejo juicio de oportunidad", el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esa sede jurisdiccional "debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma

penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4)" (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8).

Este Consejo valora positivamente la contención de los referidos máximos de la pena de prisión en relación con estos tipos, en orden a mantener la diferenciación valorativa con delitos dolosos contra la vida. Sorprende, no obstante, que en el texto del Anteproyecto, el artículo 180.2 del CP, para los casos de violación concurriendo dos agravantes específicas, contemple la opción facultativa de elevación de la pena hasta los quince años de prisión, umbral máximo bastante superior a los actualmente establecidos en el CP vigente para estas conductas.

* Modificación de los delitos relativos a la prostitución (artículos 187, 187 bis, 189 ter del CP)

El Anteproyecto prevé también la introducción de algunas novedades de cierto calado en el capítulo V del título VIII, libro II del CP, en materia de delitos relativos a la prostitución coactiva. Entre ellas, cabe destacar, por ejemplo, el incremento de las penas aplicables en el artículo 187.1 del CP (actualmente penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses, en el Anteproyecto pasan a ser prisión de tres a seis años y multa de dieciocho a veinticuatro meses); o la introducción del aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación como elemento típico del delito de explotación para prostituir a una persona, en el artículo 187.2.

Es también de señalar la recuperación de la antigua punición de la denominada "tercería locativa", incluso respecto a la prostitución voluntaria. Esta figura fue suprimida en el Código Penal de 1995, una vez que la intervención penal quedó fundamentada en el atentado a la libertad sexual, desterrando antiguas consideraciones moralistas sobre la "honestidad". Quedaba así delimitado el campo de relevancia penal de las conductas relativas a la prostitución por razón del bien jurídico libertad, que, afectando al ámbito de la sexualidad, toca el núcleo de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Aquel cambio permitió centrar la persecución y la punición sobre las conductas de imposición violenta, coactiva o de aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima para determinarla a ejercer una actividad sexual no consentida. El debate sobre el tratamiento jurídico del comercio de conductas sexuales consentidas presenta ciertamente muchas aristas, no solo de política criminal, pero es indudable que desde el prisma de la tutela penal de la libertad sexual el reproche y el castigo solo se pueden fundar en la violencia de la voluntad de la persona que se ve compelida por otra a hacer algo que no surge de su

libre voluntad, en el ámbito personalísimo de la intimidad sexual, circunstancia que constituye el elemento común a los delitos contra la libertad sexual. Por ello, sorprende que en un Anteproyecto titulado de protección integral de la libertad sexual se incorporen las previsiones referidas.

Es cierto que el nuevo artículo 187 bis que propone el Anteproyecto establece los requisitos de ánimo de lucro y de habitualidad como una forma de restringir la punición, pero cuando se trate de la prostitución consentida de una persona ("aun con su consentimiento"), no concurrirá atentado a la libertad sexual. Por otra parte, respecto a la explotación lucrativa de la prostitución no consentida, deben tenerse en cuenta las previsiones generales sobre responsabilidad penal de los partícipes del delito principal, sea este el tipificado en el artículo 187, o en el artículo 188 si las víctimas son menores de edad o personas con discapacidad, aparte de otras posibles implicaciones respecto al delito de trata de seres humanos contemplado en el artículo 177 bis.

Durante la tramitación del Anteproyecto, todas las novedades apuntadas han sido objeto de múltiples y dispares observaciones críticas, que ponen de relieve la complejidad que reviste la regulación del fenómeno de la prostitución, tarea que merece una reflexión más sosegada e independiente del marco normativo que aquí se proyecta. A juicio del Consejo de Estado, las modificaciones proyectadas en los tipos de referencia deben todavía madurarse y ser objeto de algunas reflexiones adicionales, de un debate social más amplio y con un concurso multidisciplinar de expertos que contribuya a mejorar la argumentación en que se fundamentan dichas propuestas y su adecuada articulación jurídica.

En suma, tanto la consideración del concreto enfoque adoptado por el Anteproyecto, vinculado a la protección de la libertad sexual, como por la complejidad que ofrece el tratamiento penal de esta materia, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de su tramitación, aconsejan abordar su regulación fuera del Anteproyecto ahora examinado.

Se trata, por tanto, de una materia que requiere un examen independiente y de mayor alcance, que podría abordarse, por ejemplo, aprovechando la elaboración de la nueva legislación sobre la trata de personas.

* Nuevo artículo 194 bis del CP

Se introduce un nuevo artículo 194 bis, que cierra el título VIII, con el siguiente tenor literal:

"Las penas previstas en los delitos de los capítulos anteriores se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen".

Sería más acertado hacer referencia a "las penas previstas en los delitos de este título". D) Disposición final quinta. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

La disposición final quinta modifica, entre otros, el artículo 7.1 de la Ley 35/1995, añadiendo un segundo párrafo en el que se prevé, entre otras cosas, una ampliación a tres años del plazo de prescripción de la acción para pedir las ayudas "en el supuesto de violencias sexuales y de violencia de género", plazo parcialmente ya recogido en el artículo 7.4, que se introdujo por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. En orden a evitar esta reiteración, debería derogarse ese apartado 4 en la nueva redacción del precepto.

También se modifica el artículo 15.5, atribuyendo al Ministerio Fiscal la obligación de solicitar determinadas pruebas en el procedimiento para la obtención de las ayudas reguladas en dicha ley. El Consejo General del Poder Judicial ha objetado que no resulta adecuado imponer por esta vía tales obligaciones, que no contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El Consejo de Estado coincide con esta observación y sugiere que se reconsidere la redacción de este precepto.

En la redacción proyectada para este apartado, además, se emplea el término "recabación", lingüísticamente inexacto, y que debe por ello reemplazarse por otro.

E) Disposición final novena. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo

La disposición final novena introduce modificaciones muy limitadas en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo y, más concretamente, en sus artículos 14.5 (sobre jornada de la actividad profesional), 15.1.g) (sobre extinción contractual) y 16.1.f) (sobre interrupciones justificadas de la actividad profesional). Las modificaciones se orientan a aplicar a las víctimas de violencias sexuales algunas previsiones ya existentes en relación con las víctimas de violencia de género. Como observación menor, se sugiere suprimir la repetición del término "víctima" en los artículos 14.5 y 15.1.g), para evitar la reiteración; y utilizar el singular en lugar del plural (la violencia sexual) en el artículo 16.1.g), puesto que tiene más sentido referirse a "la situación de violencia sexual" que a "la situación de violencias sexuales" (que, en su literalidad, tendría un significado distinto al que parece perseguido por el prelegislador), tal y como se ha expuesto más arriba en una observación de carácter general.

F) Disposición final décima. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

Se modifica, entre otros, el artículo 5.1 del Estatuto de la víctima del delito, sustituyendo en la letra m) el "Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7" por el "Derecho a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7". La nueva redacción persigue la loable intención de descargar a las víctimas del trámite adicional que supone la solicitud previa; sin embargo, como ya indicó este Consejo de Estado en su dictamen n.º 360/2014, de 22 de mayo, (relativo al anteproyecto de dicha ley), "no puede olvidarse que la solicitud de información proviene de la Directiva 2012/29/UE, y cabe dudar que eliminando este requisito se protejan mejor los derechos de la víctima, entre los que debe entenderse también incluido, de acuerdo con el tenor literal de la norma europea, el de no recibir información sobre la causa penal si no lo desea".

G) Disposición final decimosegunda. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

En relación con las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por la disposición final decimosegunda (que sería más correcto calificar "duodécima" y, de igual forma, "undécima" debería llamarse la disposición anterior) pueden formularse consideraciones análogas a las realizadas en relación con la disposición final novena, tanto en lo que se refiere al indebido uso del plural en lugar del singular como a la sugerencia de evitar la redoblada reiteración del término "víctima" para referirse a quien lo es de violencia de género, de violencia sexual, de terrorismo...; nótese que en ocasiones se evita, correctamente, tanto el plural como la reiteración (p. ej., en apartado cuatro).

Por lo demás, se considera preferible no referirse a los apartados identificados mediante una letra (p. ej., 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b)...) como "párrafos" pues en ocasiones esos apartados constan de más de un párrafo. Por la misma razón se sugiere suprimir las modificaciones que en este sentido se introducen en distintos apartados del Estatuto de los Trabajadores.

H) Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre

Las observaciones del apartado anterior (sobre la reforma del Estatuto de los Trabajadores) pueden trasladarse a la modificación proyectada del Estatuto Básico del Empleado Público: no es mayor el alcance de las modificaciones introducidas que el de incluir referencias a la violencia sexual o a las violencias sexuales donde ya existen referencias a la violencia de género.

I) Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

En relación con las modificaciones introducidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se sugiere modificar la referencia que en el apartado tres se hace a "... la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica..." (que se podría sustituir por una frase del siguiente o parecido tenor: "... la comisión contra la mujer de algún acto de violencia sexual tal y como se define en la Ley Orgánica...").

En el apartado seis es necesario suprimir el párrafo que se pretende sustituir en el artículo 271.4.b), puesto que se ha mantenido la redacción todavía vigente a continuación de la ahora proyectada.

J) Disposición final decimosexta. Título competencial

El Consejo de Estado coincide con la observación formulada por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en el sentido de que es necesario simplificar la redacción de la disposición final decimosexta, que es excesivamente larga y compleja, sin que sea necesario desarrollar, con una reproducción exhaustiva, el contenido de todos los títulos competenciales del artículo 149.1 de la Constitución que se invocan. Cabría plantearse, no obstante, añadir a esa enumeración de competencias la contemplada en el artículo 149.1.31.^a, habida cuenta del contenido, por ejemplo, del artículo 61 del Anteproyecto.

K) Disposición final decimooctava. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

La disposición final decimooctava dispone que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley orgánica ahora proyectada, "el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica". Como se ha indicado, esta previsión suscita dudas al ponerla en relación con el artículo 32 del Anteproyecto, lo que aconseja introducir en el texto alguna previsión que dé respuesta a los problemas que se pueden plantear mientras no se produzca la entrada en vigor de la ley a cuyo proyecto se refiere esta disposición final decimooctava.

L) Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor

Esta disposición final aborda una entrada en vigor escalonada de la ley orgánica: casi todo el texto a los treinta días de su publicación oficial y el título VI, junto con el capítulo I del título IV, a los seis meses de la misma fecha.

Desde el punto de vista de técnica normativa, conviene distinguir entre la entrada en vigor de las normas jurídicas y su eficacia temporal. No hay necesidad alguna de esta entrada en vigor escalonada si lo que se pretende es, como indica la Memoria, dilatar la aplicación temporal de ciertos artículos seis meses. Para ello basta con introducir una nueva disposición transitoria que indique que esas partes serán de aplicación a partir de la fecha deseada. Ello permite unificar la entrada en vigor para la totalidad de la norma.

En consecuencia, se sugiere que se añada una nueva disposición transitoria, que sería la primera, quedando la actual disposición transitoria única como segunda. En esta nueva disposición transitoria habría de preverse que el capítulo I del título IV y el título VI de la ley serán de aplicación en el plazo que se quiera desde la entrada en vigor (por ejemplo, cinco meses). Y, en consonancia con ello, la disposición final vigesimosegunda, sobre entrada en vigor, se simplificaría, al limitarse a prever que la ley orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Sexta. Consideraciones finales

1.^a El Consejo de Estado valora positivamente la iniciativa legal dirigida a la protección integral de las víctimas de las violencias sexuales, a la luz de la indiscutible necesidad de perseverar en el esfuerzo público de prevención y represión de las violencias contra las mujeres, la sensibilización frente a las mismas y la reparación de las víctimas, todo ello a la luz de las exigencias del Convenio de Estambul.

2.^a Las reformas orientadas a la protección de las víctimas de este tipo de violencias, y en particular a la protección de las mujeres, niñas y niños que principalmente las sufren han sido incesantes desde los inicios del régimen democrático. El Anteproyecto se inserta en el camino trazado por tales reformas, y acomete la tarea de la protección integral frente a las violencias sexuales desde una doble perspectiva, integral y de género, que ya caracterizaba a la pionera Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a la que viene a completar.

La perspectiva de protección integral, transversal y multidisciplinar, implica la previsión de medidas de muy diversos tipos, en la medida en que la violencia sexual es síntoma y manifestación de una problemática social grave y profunda, que se proyecta sobre todos los ámbitos de la vida social, y que debe tratarse, por tanto, con decisiones en todos esos ámbitos. Ese tratamiento integral se enmarca en el Convenio de Estambul, verdadera clave de arco de la regulación internacional de la materia y, por tanto, referencia ineludible para la regulación anteproyectada.

La perspectiva de género resulta igualmente una exigencia del Convenio de Estambul, y nada cabe objetar al mismo desde la

perspectiva del derecho a la igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, en la medida en que este tipo de violencias afectan principalmente a las mujeres.

En relación con este punto, cabe igualmente recordar que la violencia sexual es con arreglo al Convenio de Estambul, un caso de "violencia contra la mujer por razones de género", por lo que debe evitarse el uso en el Anteproyecto de los términos "violencia de género" y "violencia sexual" como conceptos contrapuestos.

3.ª Sin que ello implique un desvalor de las medidas contenidas en el articulado del Anteproyecto, el Consejo de Estado no puede sino constatar que gran parte de estas ya existen en el ordenamiento jurídico español, que en los últimos años se ha venido dotando de distintos cuerpos normativos tendentes a la protección de las víctimas de delitos violentos, y de las mujeres frente a conductas violentas de todo tipo, en particular en el ámbito íntimo o familiar.

La regulación anteproyectada vendrá así a añadirse a otras muchas disposiciones, particularmente las contenidas en la antes citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el Estatuto de la víctima del delito, la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual o la muy reciente Ley Orgánica de integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, pero también en numerosas disposiciones de orden administrativo, laboral y de otros ámbitos. Y a ella se añadirán previsiblemente otras iniciativas legislativas, también de protección integral de determinados colectivos de víctimas, como las anunciadas sobre la trata de personas. Todo ello propicia indeseables solapamientos, duplicidades regulatorias y dificultades en la comprensión del alcance y la aplicación práctica de las distintas medidas, circunstancias todas ellas que, en último término, pueden mermar su eficacia y que ponen en peligro la seguridad jurídica.

Como remedio frente a esta situación, el Consejo de Estado sugiere al Gobierno emprender una labor de compilación o codificación de las disposiciones sobre la protección de las víctimas, en general (en torno al Estatuto de la Víctima), o de las normas de protección integral frente a todo tipo de violencias de género (en torno a la Ley Orgánica 1/2004). Todo ello sin perjuicio de las especialidades que en cada caso hubieran de contemplarse y de las normas que deban seguir incorporadas en otras leyes, en atención a su especial naturaleza.

Por otra parte, el Consejo de Estado recuerda la necesidad de acompañar y coordinar las distintas iniciativas normativas en curso que afectan a una misma materia. Particular mención exige el caso de las modificaciones del Código Penal, por los gravísimos riesgos que para la seguridad jurídica, para el carácter de ultima ratio de la intervención penal y la observancia del principio de proporcionalidad, así como para

la coherencia del ordenamiento jurídico, supone la tramitación solapada de modificaciones propuestas por distintos departamentos ministeriales, sin una visión global que permita salvaguardar la congruencia de nuestro sistema penal y su proporcionalidad.

4.^a En cuanto concierne a la proyectada reforma del Código Penal, sin perjuicio de las observaciones más detalladas que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, el Consejo de Estado considera conveniente subrayar lo siguiente:

En primer lugar, que la redacción propuesta para el artículo 178 en la tipificación del nuevo delito unificado de agresión sexual es susceptible de mejoras que, sin poner el riesgo una adecuada protección del bien jurídico protegido por dicho tipo penal, hagan el precepto más fácilmente comprensible (y, por tanto, aplicable) y riguroso desde el punto de vista de la técnica jurídica penalista. Todo ello, por supuesto, dentro del estricto respeto a las exigencias del Convenio de Estambul.

En segundo lugar, entiende el Consejo de Estado que las modificaciones propuestas en relación con la prostitución coactiva y, en particular, respecto a la tercería locativa, son materias que por su complejidad y por presentarse dentro de unas coordenadas político-criminales no siempre coincidentes a las propias de los delitos contra la libertad sexual, deben todavía madurarse y ser objeto de algunas reflexiones adicionales, de un debate social más amplio y con un concurso multidisciplinar de expertos que contribuya a mejorar su calidad.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones formuladas en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual".

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL CONSEJERO ELECTIVO DE ESTADO DON JUAN ANTONIO ORTEGA Y DIAZ AMBRONA, AL DICTAMEN NÚMERO 393/2021

El Consejero que suscribe, lamentando no coincidir con el criterio expresado por sus compañeros, se permite formular a V. E. para más completa información y mejor valoración las opiniones que siguen sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Libertad sexual en el expediente urgente n.º 393/2021:

I.- No hay objeciones generales al proyecto de dictamen. Pero siente discrepar de la consideración global de la ley como orgánica y más reconociendo (disposición final decimoquinta) que la mayoría de sus preceptos legales son indiscutiblemente de ley ordinaria. Por lo demás el dictamen me parece bien construido y de buena calidad.

II.- El expediente se remitió al Pleno como desarrollo del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 ("Convenio de Estambul"). Entró en vigor en España el 1 de agosto de 2014 (BOE 6 de junio 2014) y es ya parte vigente del ordenamiento interno español con varios desarrollos legislativos.

III.- El desarrollo y ejecución del Convenio de Estambul, en rigor, no precisa de ninguna ley orgánica para su cumplimiento en España. Lo proyectado desborda con claridad esa finalidad y pretende con los mimbres del Convenio construir una "Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual". No parece que lo consiga de manera cabal. La regulación constitucional impide más bien utilizar el instrumento de la ley orgánica para el desarrollo y cumplimiento del "Convenio" (artículo 81 de la CE). No se parte de un derecho fundamental preexistente y acotado a la libertad sexual.

IV.- Lo proyectado no contiene, apenas, materia propia de ley orgánica. Solo tres de los sesenta y un artículos del Anteproyecto, según la propia ley, (los del título preliminar) tienen carácter orgánico. Y solo cuatro lo tienen de las veinte disposiciones finales. Es más: ni siquiera los preceptos que se consideran orgánicos, lo son en rigor.

No lo es, en puridad, el artículo 1, 1 y 2. Tampoco todo el 3. ¿Qué sentido tiene decir en el 3.f) que "la tutela institucional en la Administración General del Estado (se establecerá) a través de la Delegación del Gobierno contra la violencia de género, en colaboración con el Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer"? Esto no es materia "orgánica" ni siquiera de "ley (formal)" sino de carácter reglamentario.

V.- La argumentación del dictamen parece dirigirse -con acierto- a considerar que la ley no ha de revestir "carácter" orgánico. Pero tras recorrer ese camino argumental da extraño un giro (pág. 45) y dice:

"Las particulares características de esta iniciativa legislativa y su aspiración de protección de la libertad sexual desde una perspectiva integral (que incorpora la tutela penal o represiva junto a la vertiente preventiva y reparadora), permiten configurar la caracterización del texto en su conjunto como ley orgánica, sin perjuicio, como es evidente, del desglose en cuanto a la naturaleza de cada uno de sus artículos y disposiciones que hace la disposición final decimoquinta".

"En este sentido conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero, que admite que el legislador

al elaborar una ley orgánica puede incluir en ella cuestiones ajenas a la reserva establecida en el artículo 81 de la Constitución, "en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a normas relativas a materia orgánica".

El Consejero que suscribe reputa carentes de suficiente fundamento estas afirmaciones.

El primer argumento resulta erróneo y no se sostiene en derecho. No hay leyes orgánicas en función de la "aspiración" del legislador, por alta que sea. No es este el criterio relevante. La aspiración de protección integral no es tal. No aborda, por ejemplo, un asunto tan antiguo, candente y vivo como el de la prostitución.

La bien conocida STC 5/1981, de 13 de febrero, dictada, por cierto, en materia de centros privados de enseñanza, no dice lo que se reproduce en el dictamen. Es en cierta manera una manipulación. La STC citada no respalda así la inclusión en leyes orgánicas de materias no orgánicas. No. Por el contrario advierte de lo que puede ser una inclinación (casi una tentación) de los legisladores. La menciona como un hecho pero ni lo recomienda ni lo considera lícito. Esto es lo que dice la STC citada:

"Como no existe esta reserva en favor del Reglamento, el legislador, al elaborar una Ley orgánica, podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria, pero que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la Ley orgánica".

La doctrina del TC no va por ahí, sino que -en otra jurisprudencia- sí admite que en una ley orgánica se introduzca un complemento indispensable no orgánico para su mejor comprensión o aplicación. Pero este no es el caso de este anteproyecto cuyos artículos, reconocidamente en la propia ley son el un 95 % no orgánicos. Lo no orgánico no explica lo orgánico. Lo domina.

La lógica lleva a considerar más bien que la ley ahora informada es ordinaria (no orgánica) con algunas incrustaciones orgánicas en las partes de modificadoras de una ley orgánica (Código penal por ejemplo) o en materias sustantivas, que apenas hay, y tendrían que ser examinadas con esmero.

VI.- Hay que proceder mayor rigor. No deben ser reguladas por ley orgánica ni las meras "recomendaciones", ni las "admoniciones", "expresión de propósitos" o "encomiendas" para que se haga esto o aquello por la Administración y las Administraciones autonómicas o por órganos concretos de ellas. No deben confundirse las normas jurídicas

con los programas o propósitos, sean electorales o de Gobierno; ni con las expresiones de deseo.

Mucho de esto cabe -no todo- en una ley (formal) ordinaria siempre sin referirse a órganos concretos, que deben quedar para las regulaciones reglamentarias, porque son cambiantes. Desde este planteamiento sería suficiente una Ley General (ordinaria) de prevención integral y lucha frente la violencia doméstica en especial la padecida por la mujer y los niños. Conviene subrayar con énfasis que una ley ordinaria no tiene menos fuerza de obligar, ni menos "dignidad" que una ordinaria, sino la misma, solo que sobre distintas materias. No hay desdoro alguno en una ley ordinaria, por el hecho de serlo.

VII.- Por supuesto que el proyecto podría ser más ambicioso, alzar algo más el vuelo y construir de verdad una ley orgánica sobre la libertad sexual, al hilo o no, del Convenio de Estambul. Pero esto no lo hace. Ciertamente que este derecho no existe aun con generalidad en los derechos europeos equiparables. Pero es una opción posible, que daría nacimiento a una norma infrecuente respecto a otras libertades públicas y derechos fundamentales de la persona, como la libertad de pensamiento, ideológica, de expresión, de creencias, etc... (no menos trascendentes que la sexual) con un desarrollo diferente, pero que no están huérfanas de esa "protección integral", ni de realización y garantía.

VIII.- Si se pretendiese transitar esta vía de la ley orgánica -estimulante y digna de atención- lo regulado tendría que ser muy otro. Habría de ser cosa muy distinta. Una ley orgánica sobre la libertad sexual, debería incardinarse en el derecho constitucional de libertad personal apoyado en el libre desarrollo de la personalidad. El dictamen mayoritario cita como artículos de inserción en la Constitución el 15 y el 17 CE. Sin duda tienen relación clara con el derecho de que hablamos.

Pero lo más importante sería abordar la difícil definición del derecho de libertad sexual: su "contenido esencial" (artículo 53 de la CE), en términos jurídico constitucionales, reservados a ley orgánica, o sea, definir su extensión y límites, teniendo en cuenta posibles zonas de fricción frente a los demás, su conexión con el derecho a la intimidad, con la dignidad de la persona, etc. Esta ley ya no sería adjetiva como la proyectada, sino mucho más breve y difícil, porque la libertad sexual de una persona se ve limitada por la de otra. Habría de ser algo más conciso y preciso que los desarrollos del proyecto.

IX.- Una regulación de esta libertad por ley orgánica requiere referentes sustantivos configuradores de tres aspectos básicos de un derecho fundamental, que están ausentes ahora del anteproyecto. Serían al menos estos tres:

a) el contenido del derecho, es decir, el haz de facultades que comprende y sus condicionantes, o sea, el ámbito de licitud en que se desarrollan, b) los límites del derecho que marcan la frontera de la ilicitud, c) La protección y garantía del derecho.

Todas estas materias sí que habrían de regularse por ley orgánica (artículo 81 de la CE). Pero ninguno de estos aspectos sustantivos está prefijado de modo suficiente en el anteproyecto de ley. La ley los da por supuesto, o los "proyecta" hacia el futuro o, simplemente, exige una actitud de mejora dependiente de la acción administrativa o del gobierno. Como ejemplos literales bastan los siguientes:

- adopción de políticas efectivas, con medidas "pertinentes" para "responder" a violencia sexual, - mejorar la investigación sobre la violencia sexual, fortalecer la sensibilización ciudadana, - formación en todos los ámbitos, - garantizar los derechos de las víctimas y su acceso a los servicios públicos, - garantizar la autonomía económica de las víctimas, - garantizar la reparación integral de las víctimas, etc. - tutela institucional "a través de la Delegación del Gobierno contra la violencia de género. (...) en colaboración con el Observatorio Estatal de violencia contra la mujer (...) mediante la "adopción de políticas públicas", - fortalecer la aplicación de la Ley 4/2015 sobre el Estatuto de la víctima del delito, - que colaboren las asociaciones que desde el movimiento feminista actúan contra las violencias sexuales, - formar y capacitar a profesionales para el mejor tratamiento de las víctimas.

La conclusión del consejero que suscribe es que todas estas medidas, importantes y dignas de ser establecidas, dan por supuestas nociones previas, que brillan por su ausencia y derivan de una definición sustantiva de un derecho fundamental constitucional, que no se define y queda en el aire. O sea que faltaría lo esencial, como materia de ley orgánica. Lo demás, los esfuerzos, las políticas, la sensibilización, la formación, etc. dependen de un prius no definido. De su definición se podría prescindir pero sabiendo que en tal caso no hay propiamente ley orgánica en sentido estricto. X.- Este consejero se atreve a avanzar ad exemplum el tipo de preceptos sustantivos que podría contener una ley que se quisiera orgánica.

Artículo X

1- La libertad personal, garantizada a todos por la Constitución, comprende el derecho a establecer entre personas relaciones íntimas y consentidas de naturaleza erótico-sexual. Tiene como límite el libre ejercicio del mismo derecho por parte de los demás. 2- Exceden del contenido de este derecho las intromisiones ilegítimas, los actos de acoso, coacciones, violencia, fuerza física así como la obtención de lucro por parte de terceros o cualesquiera prácticas lesivas para la dignidad humana. 3- La libertad declarada contará con la protección penal, sancionadora y de resarcimiento por los daños irrogados en los

casos previstos en las leyes. 4.- Se protegerá de modo especial a la infancia, a las personas vulnerables y a las mujeres en todos los supuestos de violencia sexual o de género.

Artículo XX

1- Una ley general garantizará la protección integral de este derecho fundamental de acuerdo con los estándares vigentes internacionales y europeos frente a todo tipo de abusos. 2.- Dicha ley cuidará de prevenir de modo coordinado la violencia de género, sensibilizar a la sociedad frente a esta lacra, facilitar las acciones de protección a sus víctimas, extender en la sociedad la cultura una tolerancia y entendimiento y fomentar el estudio de las causas sociales de las actitudes discriminatorias.

A.- En conclusión, al consejero que suscribe le parece indispensable evitar con este proyecto la calificación de "orgánica" para una ley, que admite que en su inmensa mayor parte no es orgánica. Ello sin perjuicio de hablar de "Ley General de garantía integral contra la violencia sexual" o cualquier otro rótulo satisfactorio o altisonante.

B.- Cabría dar prioridad al carácter ordinario de la ley y reconocer solo las escasas "incrustaciones" orgánicas, sobre todo para la derogación de preceptos de ley orgánica.

C.- Cabría también aprobar dos leyes, una con la parte sustantiva de la libertad sexual por la vía señalada y otra ordinaria de protección integral desarrollo del Convenio de Estambul, refundiendo lo que ya está en vigor, que no es poco.

Esto es lo que tiene el honor de exponer a V. E. el Consejero que formula su voto concurrente, para su consideración con el dictamen emitido por el Pleno de Consejo de Estado en el día de hoy.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 10 de junio de 2021

LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE IGUALDAD.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL PALAZÓN, J. M., “La sociedad hispano-romana”, en *Hispania*, el legado de Roma, Zaragoza, septiembre-noviembre de 1998, pp. 197-207.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., NUÑEZ FERNANDEZ, J., *Fundamentos de Derecho Penal*. Universitas, Madrid, 2010.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Detención ilegal, agresión sexual y asesinato cometidos por menores (caso Sandra Palo)”, en *La Ley Penal*, núm. 1, 2004.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “El delito de violación: la conducta típica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989.

ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra la libertad sexual (Perspectiva jurídica y criminológica)*, *Legislación, Comentarios, Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2001.

ALVAREZ GARCÍA, F.J., “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, en *CPC*, Madrid, 1988.

ANTÓN ONECA, J., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1972.

ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970.

ANTÓN ONECA, J., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1965.

ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1964.

ANTÓN ONECA, J., “Los antecedentes del nuevo Código penal”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929.

ANTRILA J., “Suostumusperustaisuus raiskausrikoksissa Kirjallisuuskatsaus Suomen raiskauslainsäädännön nykytilasta ja mahdollisesta suostumusperustaisesta säätelystä”, en Poliisi, Helsinki, 2020.

ARIAS EIBE, M.J., “Las agresiones sexuales en El Código Penal español: Estado actual de la cuestión”, en Actualidad Penal, Editorial La Ley, nº 3342, 2001.

ASÚA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso diverso”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.

BAJO FERNANDEZ, M, *La actualización del Código penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

BARÓ PAZOS, J., “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013.

BEGUÉ LIZAÚN, J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Madrid, 1999.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., “Anotaciones a la reforma del Código Penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual”, en *Psiquiatría Forense*, Centro de estudios judiciales, colección de cursos, vol. 3, 1990.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.

BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en VALLE MUÑIZ, J.M. (hom.), MORALES PRATS, F. (coord.), QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001.

BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

BOIX REIG, J., “El delito de estupro fraudulento”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1979.

BOIX REIG, J., “La reforma de los delitos de estupro”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 6, Madrid, 1979.

BOIX REIG, J., “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1, Madrid, 1978.

BUENO ARUS, F., “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político criminal de la reforma española de 1999”, en Estudios de Derecho Judicial, núm. 21, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, en COBO DEL ROSAL, M., *Manual de Derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1993.

CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.

CARMONA SALGADO, C., “La normativa de los abusos deshonestos en el proyecto de Código penal español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980.

CASABO RUIZ, J. R., “El parentesco adoptivo en el Código Penal Español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972.

CASABO RUIZ, J.R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, 1969.

CASABO RUIZ, J.R., “La aplicación del Código penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1968.

CHAMOCHO CANTUDO, M.A., *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, Aniceto Masferrer (ed.), The Global Law Collection, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 2012.

COBO DEL ROSAL, G., “Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código penal de 1928: Tres Códigos penales entre 1931-1932”, en *Revista de las Cortes Generales*, 2010.

COBO DEL ROSAL, M., “La supresión del artículo 428 del Código Penal de 1944 por el texto revisado de 1963”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Tomo II (Parte Especial), Volumen Segundo, 14ª edición, Bosch Casa Editorial, Madrid, 1975.

CUGAT MAURI, M., “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 20, 1993.

DE ANTEQUERA, J.M., *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta la época presente*, Imprenta, fundición y librería de D. E. Aguado, Madrid, 1855.

DE BENITO FRAILE, E., “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, en *Foro, Nueva época*, 2008.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DEL ROSAL, J., “Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVIII”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943.

DÍEZ RIPOLLÉS J.L., en DÍEZ RIPOLLÉS J.L., y ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen II*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº14, 1989-1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La reforma del Derecho Penal sexual y la Propuesta de 1983”, en *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, Monográfico, vol. 1, 1983.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El Derecho penal ante el sexo*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

D'ORS, A., *El Código de Eurico, Edición, Palingenesia, Índices*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.

D'ORS, A., “El Código de Eurico, Estudios visigóticos II”, en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, CSIC, 1960.

D'ORS, Á., “Estudios visigóticos I”, en Cuadernos del Instituto Jurídico Español, CSIC, 1956.

ESCUADERO, J.A. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones Político-administrativas*, Editorial Juan Antonio Escudero, Madrid, 2012.

FARALDO CABANA, P. “La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima”, en Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero, Un Derecho Penal humanista. Volumen II, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2021.

FARALDO CABANA, P., y RAMÓN RIBAS, E., “Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, 2020.

FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (dir.), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FARALDO CABANA, P., “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FARALDO CABANA, P., y RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., (directoras), RODRÍGUEZ LOPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. A., (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FERRINI C., *Derecho penal romano*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2017.

FERRER SAMA, A. “Adulterio”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo II, Barcelona, 1950.

GACTO FERNANDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; GARCÍA MARÍN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Edición de los autores, Madrid, 1994, p. 367

GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español I. El origen y la evolución del derecho*, Ageda, Madrid, 1979.

GARCÍA GARCÍA, M. A., “Los delitos de violación y estupro en el proyecto de Código de 1992”, en Poder Judicial, nº28, 1992.

GARCÍA VALDÉS, C., “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, en Anuario de Historia del Derecho español, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012.

GARCÍA VALDÉS, C. (DIRECTOR); VALMAÑA OCHAÍTA, S. (COORDINADORA); TÉLLEZ AGUILERA, A. (COORDINADOR); FIGUEROA NAVARRO, C.; MESTRE DELGADO, E.; MARTINEZ GALINDO, G.; SANZ DELGADO, E.; *Diccionario de Ciencias Penales*, Edisofer, Madrid, 2000.

GARCÍA VALDES, C., “Notas sobre el Proyecto de Código Penal”, en Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, octubre, 2018.

GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de La Manada: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A, TAMARIT SUMALIA, J.M., GALLARDO PAÚLS, B., PLANCHADELL GALLARDO, A., PRESNO LINERA, M.A., OREJÓN SÁNCHEZ-DE LAS HERAS, N., SEVILLA MERINO, J., “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, octubre, 2018.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: “Solo sí es sí”, El Mundo, 25 de agosto de 2020.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo si es si”, El Mundo, 25 de abril de 2020.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, en El Mundo, 10 de julio de 2004, año XV, número: 5.327.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La mujer y el Código Penal español”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, 1969.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de las agresiones sexuales”, *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “¡No! y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y agresiones sexuales”, en *Estudios Penales en homenaje a Gimbernat*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales”, en *Derecho y Opinión*, 3-4, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995-1996.

GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, Colección de estudios penales nº4, Universidad de Granada, 1982.

GOMEZ TOMILLO, M., “Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 5, 2005.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1970, concordado y comentado*, Salamanca, 1893.

HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, en *German Law Journal*, vol. 18, núm. 6, 2017.

JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1929.

JIMENEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal concordado conforme al Código de 1928*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1929.

JORDAN DE ASSOT DEL RÍO, I., y DE MANUEL y RODRIGUEZ, M., *El ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares del año 1348*, impreso por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774.

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE

DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021.

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª edición, Colex, Madrid, 2010.

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2004.

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), ALONSO DE ESCAMILLA, A., MESTRE DELGADO, E., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001.

LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el Nuevo Código Penal”, en *Jueces para la democracia*, nº27, 1996.

LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al derecho español*, Ariel, Madrid, 1978.

LARRAURI, E., “Control formal y el Derecho Penal de las mujeres”, en LARRAURI, E., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España, 1994.

LEBOURG, E., y KÉDIA, M., “Agressions sexuelles”, en *L'Aide-mémoire de psychotraumatologie.*, Paris, 2013.

LOPEZ REY, O., “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia, y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2018.

LLORIA GARCÍA, P. “La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, en LLORIA GARCÍA, P. (directora) y CRUZ ÁNGELES, J., (coordinador), *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y Tic*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, Pamplona.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

MASFERRER, A., “La codificación del Derecho penal en España, Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador”, en ALVARADO PLANAS, J., (coord.) y MARTORELL LINARES, M., *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Dykinson, 2017.

MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho público romano*, La España moderna, Madrid, 1893, traducido por DORADO MONTERO, P.

MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.

MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., y QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2001.

MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALVERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, 1996.

MORILLAS CUEVA, L. “El delito de estupro-incesto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976.

MIR PUIG, S., *Derecho penal*, Tomo IV, Parte Especial, Volumen Segundo, 5º edición, Editorial Ibder-Amer, Barcelona, 1960.

MONGE FERNÁNDEZ, A., “¿Las agresiones sexuales cualificadas como un delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247?”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 13, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE F., “Los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos XII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1990.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 2ª edición, Universidad de Sevilla, 1979.

MUÑOZ SABATÉ, L., *Sexualidad y Derecho. Elementos de Sexología jurídica*, Rústica editorial, Barcelona, 1976.

MUÑOZ BARBERO, R., “La Reforma penal de 1870. Universidad de Salamanca”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 1970.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, J., “Sexo, mentiras y un Anteproyecto”, en *El Mundo, Tribuna Digital*, 12 mayo 2021.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Closas-Orcoyen, Madrid, 2010.

ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, E. y ALONSO RIMO, A., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, 1ª edición, Colex, Madrid, 2001.

ORTS BERENGUER y SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, E., “Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de 1994”, en LATORRE LATORRE, V., (coord.), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant lo Blanch, 1995.

ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

ORTS BERENGUER, E. “Algunos aspectos del delito de abusos deshonestos”, en Estudios Penales en memoria del Profesor Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989.

ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, Colección de Estudios, Serie Minor, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, 1981.

PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1881.

PÉREZ DEL VALLE, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, en Diario La Ley, nº 10045, Sección Tribuna, 7 de abril de 2022.

PEREZ MARTÍN, A., “El Fuero Real: Estudio Preliminar”, en *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

PÉREZ PARENTE, J., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunos aspectos polémicos”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2000.

PEREZ PRENDES, J.M., *Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Vergara, Barcelona, 1962, versión castellana de RANZ ROMANILLOS, A., prólogo y notas de ALSINA, J., volumen IV.

POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Universidad de Sevilla, 1975.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por GIMBERNAT ORDEIG, E., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español, Parte Especial*, 8ª edición, Dykinson, Madrid, 1980.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español, Parte Especial*, 3ª edición, Talleres Gráficos Ediciones Castilla, Madrid, 1969.

RODRIGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Biblioteca académica, Comunidad de Madrid, Madrid, 1997.

SAINZ CANTERO, J.A., “La reforma del Derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978.

SAINZ CANTERO, J.A., “La condición jurídica de la mujer en el Código penal español”, en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada*, Granada, 1975.

SALMONA, M., “Viols et agresión sexuelles”, en *Aide-mémoire psychotraumatologie en 51 notions* M. Kédia, A Sabouraud-Seguin et al., Dunod, 2020.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, en *Diario la Ley*, nº 9899, Sección Tribunal, 2021.

SANCHEZ TEJERINA, I., *Código penal anotado: 23 de diciembre de 1944, con las modificaciones introducidas hasta el momento actual, con un breve comentario y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948.

SEMPERE Y GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reynado de Carlos III*, Imprenta Real, Madrid, 1785-89.

SEVILLANO CALERO, F., “Política y criminalidad en el nuevo estado franquista. La criminalización del enemigo en el derecho penal de posguerra”, en *Historia y Política*, núm. 35, 2016.

TITO LIVIO, *Historia de Roma desde su fundación*, RBA, Barcelona, 2008, Traducción y notas por VILLAR VIDAL, J.A., Libros I, II, y IV

TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2012.

TOMAS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

VALDÉS RUBIO, J. M., *Derecho penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Analecta Ediciones, Pamplona 2004.

VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, en *Diario la Ley*, nº9263, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer.

VIZMANOS T. M., y ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*. Olejnik, Santiago, 2020.

VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*. Traducido de la 20ª edición alemana por JIMENEZ DE ASUA, L., y adicionado con el Derecho penal español por SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, Q., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1926.

ZADRA, C., “Cuestionario sobre criminalización y enjuiciamiento de la violación. Definición y alcance de las disposiciones del derecho penal italiano”, en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/RapeReport/Others/011-italy.pdf>

ZEUMER, K., “Historia de la Legislación Visigoda”, en Anuario de Historia del Derecho español, 1944, traducido por CLAVERÍA, C.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

- 3 de julio de 2020.
- 14 de mayo de 2020.
- 4 de julio de 2019.
- 21 de mayo de 2019.
- 18 de marzo de 2019.
- 15 de diciembre de 2016.
- 28 de mayo de 2015.
- 10 de diciembre de 2014.
- 17 de diciembre de 2013.

- 15 de julio de 2013.
- 20 de marzo de 2012.
- 24 de noviembre de 2009.
- 9 octubre de 2009.
- 8 de febrero de 2007.
- 8 de noviembre de 2005.
- 18 de octubre de 2004.
- 18 de septiembre de 2003.
- 3 de junio de 2003.
- 9 de abril de 2003.
- 26 de marzo de 2003.
- 4 de marzo de 2003.
- 16 de octubre de 2002.
- 10 de julio de 2002.
- 1 de julio de 2002.
- 12 de marzo de 2002.
- 28 de marzo de 2001.
- 17 de enero de 2001.
- 23 de marzo de 1999.
- 7 de mayo de 1998.
- 21 de enero de 1997.
- 22 de mayo de 1996.
- 14 de febrero de 1994.
- 23 de abril de 1993.
- 6 de noviembre de 1992.

- 19 de junio de 1992.
- 6 de abril de 1992.
- 19 de junio de 1992.
- 22 de marzo de 1991.
- 7 de diciembre de 1989.
- 28 de abril de 1989.
- 27 de mayo de 1988.
- 10 de mayo de 1988.
- 7 de marzo de 1988.
- 8 de junio de 1987.
- 24 de noviembre de 1986.
- 3 de noviembre de 1986.
- 26 de septiembre de 1986.
- 14 de julio de 1986.
- 25 de febrero de 1986.
- 15 de julio de 1985.
- 8 de agosto de 1985.
- 20 de diciembre de 1980.
- 20 de noviembre de 1980.
- 12 de noviembre de 1980.
- 22 de abril de 1980.
- 11 de diciembre de 1979.
- 6 de diciembre de 1979.
- 12 de noviembre de 1979.
- 22 de enero de 1979.

- 15 de noviembre de 1978.
- 12 de junio de 1978.
- 21 de diciembre de 1977.
- 1 de marzo de 1977.
- 15 de diciembre de 1976.
- 17 de marzo de 1976.
- 16 de diciembre de 1976.
- 4 de junio de 1976.
- 25 de mayo de 1976.
- 16 de febrero de 1976.
- 7 de febrero de 1976.
- 17 de febrero de 1975.
- 22 de febrero de 1974.
- 9 de mayo de 1974.
- 2 de mayo de 1974.
- 6 de abril de 1973.
- 25 de enero de 1973.
- 18 de diciembre de 1972.
- 7 de diciembre de 1972.
- 21 de noviembre de 1972.
- 29 de marzo de 1972.
- 18 de octubre de 1971.
- 27 de marzo de 1971.
- 24 de marzo de 1971.
- 28 de octubre de 1970.

- 10 de abril de 1970.
- 23 de febrero de 1970.
- 21 de mayo de 1969.
- 14 de marzo de 1969.
- 5 de marzo de 1969.
- 25 de febrero de 1969.
- 17 de enero de 1969.
- 11 de junio de 1968.
- 10 de diciembre de 1968.
- 15 de noviembre de 1967.
- 13 de mayo de 1967.
- 17 de diciembre de 1965.
- 9 de febrero de 1960.
- 10 de octubre de 1959.
- 17 de junio de 1958.
- 26 de marzo de 1957.
- 17 de noviembre de 1956.
- 21 de junio de 1955.
- 14 de junio de 1955.
- 13 de mayo de 1965.
- 22 de marzo de 1955.
- 16 de noviembre de 1953.
- 4 de junio de 1952.
- 27 de septiembre de 1951.
- 22 de enero de 1949.

- 24 de mayo de 1948.
- 21 de diciembre de 1946.
- 16 de mayo de 1946.
- 20 de junio de 1945.
- 15 de noviembre de 1944.
- 13 de enero de 1943.
- 28 de enero de 1935.
- 16 de diciembre de 1933.
- 11 de mayo de 1932.
- 29 de octubre de 1930.
- 24 de abril de 1925.
- 18 de diciembre de 1923.
- 27 de septiembre de 1913.
- 5 de marzo de 1913.
- 21 de octubre de 1902.
- 31 de enero de 1902.
- 15 de marzo de 1898.
- 28 de octubre de 1895.
- 25 de febrero de 1901.
- 27 de junio de 1891.
- 7 de noviembre de 1900.
- 10 de marzo de 1897.
- 22 de diciembre de 1887.

FUENTES LEGISLATIVAS

- Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.
- Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.
- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).
- Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch).
- Código Penal Finlandés.
- Código Penal Francés.
- Código Penal Islandés
- Código Penal Italiano.
- Código Penal Sueco.
- La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La ampliación del sentido sexual de la violación.
- La Ley Orgánica de 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Código Penal de 1995
- Código Penal de 1989
- Ley Orgánica 3/1989, de 12 de junio, de actualización del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1.º y 3.º y 577.1.º del Código Penal.
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.
- Código Penal de 1944.
- Código Penal de 1932.
- Código Penal de 1928.
- Código Penal de 1870.
- Código Penal de 1850.
- Código Penal de 1848.
- Código Penal de 1822.
- *Novísima Recopilación.*
- Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348.
- Las Partidas de Alfonso X El Sabio.
- Fuero Real de Alfonso X El Sabio.
- Concilio de Lérida.
- Concilio de Barcelona II.
- Brevario de Alarico.
- *Liber iudiciorum.*
- Código de Eurico.
- *Lex Julia de vi publica.*
- *Lex Plautia de vi.*
- *Ley de las XII Tablas.*