

MYRIAM HERRERA MORENO

**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**
(Aspectos constitucionales, penales y civiles)

ESTUDIOS

12

TOMO II
**Aspectos penales,
procesales y penitenciarios**



**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**

TOMO I

**El ordenamiento
constitucional; logros y
posibilidades**

TOMO II

**Aspectos penales, procesales
y penitenciarios**

TOMO III

**La situación de la mujer en el
derecho civil**

MUJER E IGUALDAD:
LA NORMA Y SU APLICACIÓN

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

© y Edición
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
Alfonso XII, 52. 41002 Sevilla.
San Jacinto, 7. 29007 Málaga

Diseño y maquetación interior:
Tiempo Real, S.C.

Imprime:
Egondi Artes Gráficas, S.A.

ISBN: 84-7921-070-2
D.L.: SE-2966-99 (Tomo II)

MUJER E IGUALDAD: LA NORMA Y SU APLICACIÓN

(ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PENALES Y CIVILES)

LIBRO EN TRES TOMOS

POR

RUTH RUBIO MARÍN

(Coautora y coordinadora)

DOCTORA EN DERECHO

PROF^a. DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

MYRIAM HERRERA MORENO

DOCTORA EN DERECHO

PROF^a. DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INMACULADA VIVAS TESÓN

DOCTORA EN DERECHO

PROF^a. DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Con la colaboración de
Vanessa Casado Caballero
Licenciada en Derecho

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional	MF	Ministerio Fiscal
ACp	Anterior Código Penal	OJ	Ordenamiento Jurídico
AP	Audiencia Provincial	pág./pp.	página/s
AA.VV.	Autores Varios	pfo.	Párrafo
BOE	Boletín Oficial del Estado	PJ	Poder Judicial
C.c.	Código civil	RAP	Revista de Administración Pública
C. de c.	Código de comercio	RCG	Revista de las Cortes Generales
Cdo.	Considerando	RD	Real Decreto
cit.	citado/a	RED	Revista Española de Derecho Administrativo
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil	REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
CE	Constitución Española	REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Cp	Código penal	REP	Revista de Estudios Políticos
Disp. Adic.	Disposición Adicional	RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria	RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Disp. Trans.	Disposición Transitoria edición	RH	Reglamento Hipotecario
ET	Estatuto de los Trabajadores	RJC	Revista Jurídica de Cataluña
Exp. Mot.	Exposición de Motivos de una Ley	RP	Reglamento Penitenciario
FJ	Fundamento Jurídico	RRC	Reglamento del Registro Civil
LAAVD	Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual	Ss.	Sentencias
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos	SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos	Secc.	Sección
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil	STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal	SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
LH	Ley Hipotecaria	STS/SSTS.	Sentencia/s del Tribunal Supremo
LO	Ley Orgánica	TC	Tribunal Constitucional
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria	TS	Tribunal Supremo
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial	V./vid.	véase
LRA	Ley de Reproducción Asistida	vgr.	verbigracia
LRC	Ley del Registro Civil		

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

IV

TOMO II

93

MUJER E IGUALDAD: ASPECTOS PENALES, PROCESALES Y PENITENCIARIOS

1. Introducción	95
2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales	98
2.1 Agresiones y abusos sexuales	98
2.2 Acoso sexual	144
2.3 Exhibicionismo y provocación sexual	151
2.4 Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores	157
2.5 Disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual	171
2.6 Otras reformas victimológicas con relevancia en el ámbito de los delitos sexuales	173
3. Conductas delictivas en torno a la vida prenatal y la libertad de reproducción	177
3.1 Aborto	177
3.2 Lesiones al feto	190
3.3 Reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer.	192
4. Malos tratos intrafamiliares	194
4.1 El delito de maltrato doméstico (art. 153 Cp.)	198
4.2 Faltas contra las personas en el marco de la violencia intrafamiliar (arts. 617 y 620 Cp.)	212
4.3 Otras reformas victimológicas con relevancia en el ámbito de la violencia intrafamiliar	214
5. Delitos contra los derechos y deberes familiares	217
5.1 Abandono de familia	219
5.2 Impago de prestaciones (art. 227 Cp.)	224
6. Trato discriminatorio por motivos sexistas	229
7. La mujer victimizada ante el sistema penal; aspectos de victimización secundaria	243
7.1 Deberes de la víctima	244
7.2 Derechos de la víctima	245
8. La mujer en el sistema penitenciario	274
ANEXOS	
Anexo de legislación penal	283
Anexo de jurisprudencia penal	285

BIBLIOGRAFÍA GENERAL EN EL TOMO I

TOMO II

**MUJER E IGUALDAD: ASPECTOS PENALES,
PROCESALES Y PENITENCIARIOS**

POR

MYRIAM HERRERA MORENO

1. INTRODUCCIÓN

Mujer y Derecho penal... Las premisas de partida que un título tan ambicioso parece sugerir tienen, sin embargo, que compaginarse con los inexorables límites de alcance y dimensión del presente estudio, revisión y síntesis. Valga el título, sin embargo, por cuanto arroja cómodamente los variados cambios de perspectiva que aquí se adoptan: la protección de la mujer en los delitos que, prototípicamente, padece como víctima (identificados como delitos de género, como pueden ser los delitos sexuales y el maltrato doméstico), la problemática de la mujer victimizada ante las instancias de control formal de los conflictos penales, o de victimización secundaria y, finalmente, la situación, formalmente inversa, pero íntimamente intercomunicada, de la mujer en cuanto infractora de la ley penal inserta en una estructura, la carcelaria, que, en muchas ocasiones, escuda en su neutralidad formal, palmarias situaciones de desigualdad para la mujer.

Dentro de cada ámbito, sin embargo, hemos de apearnos de nuestra -¿pretenciosa?- cabalgadura y movernos, llanamente y a pie, en el terreno de lo concreto: el camino recorrido, en una fugaz visión histórica, hacia una más perfecta tutela penal de la mujer victimizada, una revisión de los recientes hitos legislativos, la normativa actual y, en suma, unos escuetos apuntes en torno a los problemas planteados, los ya solventados y los que pueden anticiparse en torno a este particular elenco de materias. Con esto, se renuncia al debate más ambicioso, en torno a la cuestión del género y el Derecho penal, para centrarnos en lo específico, en el día a día de tantas mujeres victimizadas, a la hora de abordar la normativa que el Estado dispensa para su protección y los cauces formales establecidos para dirimir su conflicto.

De cualquier modo, la visión directa y concreta siempre suele favorecer a las mujeres. En la abstracción, la problemática de la mujer, casi inexorablemente, se diluye, se desvitaliza y termina, adormecida, en la esquina del debate central: los supuestos de incesto sufridos por niñas y mujeres adolescentes se deslían en la protección general del menor, los malos tratos que padecen cotidianamente muchas mujeres por maridos y compañeros son reconducidos al más amplio discurso de la violencia

en nuestra sociedad, y al hablar del hostigamiento sexual en el trabajo siempre hay quien centra la cuestión en dirimir si ellas también acosan o terminarán haciéndolo, conforme copen mayores ámbitos de poder.

La ignorancia de lo concreto sólo puede, pues, vencerse, con dosis de concreción; bien lo saben ya las mujeres victimizadas en los llamados delitos de género, en los que sólo lo inmediato, lo directo y tangible constituye un valor seguro: convence sólo el moretón flamante, puntual y aún cronometrable, la exposición directa de la intimidación sexual o el propio cuerpo, la exhibición triunfal de unas sólidas lesiones de resistencia, o la prueba, por la degradación material y moral, de que se ha llegado a una efectiva situación de abandono protegible.

Según comprobamos, la protección de la mujer, hoy por hoy, parece exigir al Derecho penal una mirada más atenta a la realidad de la mujer, a su vivencia, a su condición y género. Con esta nueva inflexión que las mujeres reclaman del Derecho penal, (y vienen consiguiendo en muchos casos), no se renuncia al garantismo ni se abjura de los principios penales: la aspiración tiene mucho más que ver con una veraz humanización del sistema penal. Humanización no entendida como la atención a una totalidad masivamente reconducida a la condición vagorosa de ser humano, sino al apercebimiento normativo de que la mitad de esa humanidad está compuesta por mujeres, y que son ellas, en determinadas áreas de delictividad, los blancos preferentes y recurrentes de las victimizaciones perpetradas.

Y en efecto, estamos ante un momento de cambio y adaptación. En la España que abre puertas al nuevo milenio, el Estado se rebulle, preocupado, y atusa su normativa penal para adecuarla a los nuevos tiempos. ¿Cómo interpretar la puesta a punto?. ¿Se trata de un malestar de temporada o de una genuina renovación de intenciones en beneficio de una mejor tutela de la mujer, de signo auténticamente victimológico?.

Es vertiginoso el ritmo al que se suceden las cosechas penales en la regulación de los delitos de género. Dejando atrás las reformas previas, tenemos que el Código penal de 1995 se queda todavía a medio camino en algunos de los aspectos básicos en la tutela penal de mujeres y menores

en tanto que víctimas vulnerables. Cuatro años más tarde, entran en el panorama normativo las dos recientes Leyes Orgánicas, 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal y 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Reformas oportunas cuanto inexplicablemente preteridas y sólo precipitadas por la pujanza de una realidad que venía escarneciendo ya conciencias.

Obtenidos los cambios legislativos, que no es precisamente poco, el Derecho penal no puede ofrecerse a sí mismo como un opio para fomentar el ensueño social de que todo está ya bajo control. Si se agota el esfuerzo que cabe esperar del Estado y la sociedad para la erradicación de las situaciones discriminatorias para la mujer en la normativa penal, entonces las reformas no dejan de ser gestos ampulosos, concesiones a la moda de lo políticamente correcto, que recomienda, esta temporada, el más exquisito trato nominal ante las situaciones de efectiva indefensión de las mujeres victimizadas.

El perfeccionamiento de los instrumentos penales era preciso. Inexcusable será, en adelante, su efectivo empleo y aplicación normalizada. Pero conviene recordar, no obstante, que la marginación de la mujer, en su plena dimensión victimizadora, no es, en muchas ocasiones, más que la coronación de un "continuo", llano y cotidiano al que el Derecho penal, por vocación o medios, no puede aspirar a controlar.

2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

2.1- AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

PLANTEAMIENTO

Fundamental en la evolución normativa es la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, auténtica piedra angular en la construcción de un moderno Derecho penal sexual. A partir de esta reforma, en la conceptualización y valoración de las conductas sexuales contrarias a fundamentales bienes jurídicos, tales como la libertad sexual y dignidad personal, puede hablarse de un *antes* y un *después*.

El *antes* integraba un panorama normativo de herencia decimonónica, inspirado por concepciones tuitivas de la mujer de signo patrimonialista, que, en interpretación global, la amparaban en cuanto objeto de uso privativo. El bien jurídico protegido era así, la honestidad de la mujer, trascendiendo la interpretación de dicha virtud más allá de su estricta referencia ética: se protegía la exclusividad de uso sexual o las expectativas de uso sexual exclusivo cuyo titular era el varón; la mujer devenía mero referente material de la conducta, erigiéndose el varón en genuina víctima arrollada en sus intereses. La prostituta, por deshonesto (inexistencia, pues, de uso privativo) no era protegida de las acciones sexualmente coercitivas, como tampoco lo era la mujer casada respecto de los atentados sexuales cometidos por el marido, (el uso coercitivo del marido no excluía la honestidad).

El Título XI, Libro II del Código penal previo a la reforma de 1989 se rubricaba como *Delitos contra la honestidad*. El delito de *violación* (art. 429 ACp) se constreñía a la esfera genital de la mujer, único sujeto pasivo, constituyéndose como acceso coital violento o intimidatorio de una adulta consciente, o simple acceso coital a mujer privada de sentido o razón o a niña menor de doce años. La perpetración de acciones sexuales no coitales, en idénticas circunstancias a las expresadas, constituían *abusos deshonestos* (art 430 ACp), con ampliación a sujeto pasivo varón. Por fin, existí-

an dos figuras de *estupro* que contemplaban acceso carnal de *prevalimiento* (sujeto pasivo de entre doce y dieciocho años), art 434 1º ACp y *fraudulento* (sujeto pasivo de entre doce y dieciséis años) art. 435 ACp. Los abusos deshonestos equiparados al estupro (art 436 ACp) incorporaban al varón como posible sujeto pasivo de conductas sexuales no coitales. También existía un tipo de raptó violento o de menor de doce años con fines libidinosos (art. 440 ACp). Finalmente, se integraban unas figuras de *escándalo público*, ofensor de la moral sexual colectiva (arts. 431 y 432 ACp) y una casuística regulación de delitos *relativos a la prostitución*, arts 452 bis a) SS ACp.

La referida normativa ya había experimentado una primera transformación de entidad por Ley Orgánica 46/1978, que despenalizó el *adulterio* y *amancebamiento*, redujo el ámbito del *raptó* y reformó sustancialmente el *estupro*, configurándolo en las citadas modalidades y depurando requisitos tales como los de doncellez o acreditada honestidad de la víctima. Por Ley Orgánica 5/1988 el *escándalo público* evolucionó a las modalidades de *exhibicionismo* y *provocación sexual*.

Es con la principalísima reforma de 1989 cuando se asume por primera vez un cambio de visión de tipo global. Afecta esta reforma principalmente a los antiguos delitos de *violación* y *abusos deshonestos*, desde entonces *violación* y *agresiones sexuales* asociadas toda vez que la reforma del estupro ya se había operado en 1978.

Se consagra la libertad sexual como bien jurídico protegido, rubricado ahora el Título IX como *Delitos contra la libertad sexual*. La violación comprende ahora el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, cuyo sujeto pasivo es indiferenciado exigiéndose violencia o intimidación (art 429.1 ACp) privación de sentido o abuso de enajenación (art. 429.2 ACp) o minoría de doce años (art.429.3 Cp). Se valora positivamente la extensión de este reproche máximo a formas no coitales, la integración del varón como eventual víctima y la despenalización de relaciones sexuales no abusivas con enajenados. Como *agresión sexual* (art. 430 ACp) se califican las conductas sexuales no integradas en el art 429 ACp, perpetradas en idénticos supuestos, con la especial cualificación de la introducción de objetos o el uso de medios, modos o

instrumentos brutales, degradantes o vejatorios (art. 430 ACp, último inciso).

La codificación penal de 1995 aspira a avanzar en la línea de progreso abierta en 1989. Como reconoce la *Exposición de Motivos*, la nueva depuración del sistema reformado en 1989, responde a criterios de amparo social ante situaciones discriminatorias, de agravio comparativo que la regulación se propone eliminar totalmente. La nueva regulación aspira a dar un paso más en la promoción de los valores de igualdad a que están comprometidos los poderes públicos. Asimismo cabe señalar la relevancia en la esfera de la victimización sexual de la *Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a víctimas de delitos violentos y contra libertad sexual*. Aunque en su literalidad, esta normativa no supone una consagración de la coerción sexual como delito violento (antes bien, la cataloga formalmente como categoría diferenciada respecto de estos) sin embargo, admite paladinamente el elevado potencial victimizador de los atentados contra la libertad sexual, susceptible de generar lesiones cubiertas por la ayuda pública que esta ley dispensa (art. 2. Ley 35/1995).

Siendo incuestionables algunos de los logros técnicos y materiales que la nueva etapa alcanza en la lucha contra las conductas sexualmente victimizantes para la mujer (así, la incorporación de la introducción de objetos al tipo cualificado, las agravaciones específicas de signo victimológico o la supresión de cuestionables híbridos como el *rapto* (art. 440 ACp o *robo con violación*, art. 501 2º ACp), la configuración de 1995 así como, igualmente, la interpretación convencional de los elementos normativos ha seguido reclamando un esfuerzo no ya sostenido, sino acentuado en la eliminación de situaciones de desamparo.

De otro lado, tal y como habremos de observar, la protección de menores e incapaces nacía ya carencial al tiempo que, como indica el propio *Preámbulo de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal*, no armonizaba a satisfacción con las directrices que inspira la normativa internacional que, con posterioridad a la promulgación al Código penal, se había dictado en la materia (así, *la Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre, relativa a la*

explotación sexual de los niños de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, o, muy en particular, la *Acción Común*, adoptada el 29 de noviembre de 1996 por el *Consejo de la Unión Europea*, sobre la base del art. K.3 del *Tratado de la Unión Europea*, en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños, que compromete a los países miembros a revisar la regulación nacional).

Además de estos déficits, las propias vivencias nacionales, de fortísima repercusión general, cercadas por el amarillismo mediático (tales como los casos “Arny” o “Alcaser”) terminaron por revulsionar la opinión pública, aportando a la materia especiales perfiles de alarma e insatisfacción social. Todo ello ha revertido en el latir de un movimiento reformista prácticamente coetáneo a la entrada en vigor del flamante pero ya reformable Código penal, situación de necesidad tan insólita, en un Código penal recién estrenado, como lamentable. Dos iniciativas parlamentarias, de 1996 y 1997, juntamente con las recomendaciones reformistas del Defensor del Pueblo (Informe 28 de noviembre de 1997) constituyeron el punto de partida de lo que hoy constituye la modificación del Código penal en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, operada por la mencionada *LO 11/1999, de 30 de abril*.

La tramitación de 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* ha sido sin duda tan azarosa como controvertida. La versión finalmente aprobada no cuenta con las enmiendas aportadas por el Senado, que sin duda sistematizó y perfeccionó técnicamente el Proyecto recibido del Congreso, adicionando tipos eficaces aunque polémicos, concretamente la penalización de mera tenencia de pornografía infantil y mera asistencia a espectáculos pornográficos que involucraran a menores. Ello, coaligado con razones de mero absentismo, operaron el rechazo del Congreso a la reelaboración del Senado. El rechazo recayó también sobre la reforma penal y procesal al ámbito de la violencia intrafamiliar, que hubo de volver a plantearse ante los diputados por el procedimiento de urgencia, con buena fortuna esta vez. Como veremos, ambas leyes, que compartieron algunas fases en su tramitación, una vez ramificadas, terminan, sin embargo “pisándose” en su ámbito objetivo: como observaremos, la Ley 11/1999 incor-

pora medidas que, para desmedro del imprescindible rigor y perfección del orden legislativo, vuelven a ser objeto de regulación, en términos casi idénticos, en la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

En cuanto afecta específicamente a las *agresiones y abusos sexuales*, objeto de estudio en este capítulo, el signo de las modificaciones impulsadas queda en evidencia desde la misma rúbrica al Título VIII del Libro II, que se redacta ahora como *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, en alusión específica al círculo de protección de menores e incapaces en el ámbito de la sexualidad. Tal como resume el propio *Preámbulo*, diferentes retoques relativos a las *agresiones y abusos sexuales* acometen un reflejo más acabado de la situación vulnerable de la víctima, tomando en especial consideración las circunstancias subjetivas y contextuales concurrentes y, muy especialmente la edad de la víctima (cuyo nivel de protección reforzada asciende de los doce a los trece años), revisándose, así, las circunstancias de agravación tanto como, en general, las penas actualmente asignadas. Otras reformas victimológicas, aportadas por esta normativa tienen igualmente campo de aplicación idónea en el terreno de los delitos sexuales. Así, la creación de la nueva medida de distanciamiento y prohibición de comunicación con la víctima o su familia, configurada como pena accesoria a los delitos contemplados en el art. 57 Cp, como medida incorporable a la suspensión condicional, incorporada al nuevo nº 1 bis del art. 83.1 Cp, y, finalmente, como medida de seguridad, incluida en el art. 105.1 g). Igualmente, es reseñable la modificación en el régimen de la prescripción de los delitos citados en el nuevo art. 132.1 Cp, cuando involucren como víctima a un menor de edad, modificación que tendrá notable operatividad en el terreno de los abusos sexuales, crimen “dormido” por excelencia.

2.1.1 AGRESIONES SEXUALES

El Capítulo I del Título VIII de nuestro vigente Código penal, objeto de reforma por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, regula las conductas de máxima lesividad en el ámbito de la violencia sexual, calificándolas de *agresiones sexuales*. Estas conductas son contrastadas en su sistemática incriminatoria, formulación típica y penalidad a las calificadas como

abusos sexuales, reguladas en el Capítulo II, y estimadas conductas de menor gravedad lesiva por inexistencia de componente violento o intimidatorio. Como criterio diferencial, se exige, así, a las primeras el empleo de violencia o intimidación, bastando a las segundas una mera ausencia de consentimiento por parte de la víctima. Una primera referencia atañe, así, inexcusablemente, a la observación de lo formal y reduccionista de esta separación, que parece constreñir la calificación de “violencia sexual” al despliegue de fuerza física. Ciertamente, también entre los calificados como *abusos sexuales* se incardinan conductas agresivas perfectamente adscribibles a la esfera de la violencia sexual, si estimamos la misma como referida a conductas de *sexualidad coercitiva*.

De partida, el Derecho penal, aparentemente objetivo, deniega los caracteres de *violentas* o *agresivas* a un amplio elenco de conductas de coerción sexual, de índole hostil, a las que tilda, tibia e impropiamente de abusivas. En una segunda selección, el sistema penal, con idénticas ínfulas de neutralidad, decide los extremos que definen, también “objetivamente”, a esa fuerza, física o moral –violencia o intimidación– configuradora de la agresión sexual: he aquí, entonces que la violencia o intimidación típicamente reclamadas no son valoradas en su propia y sustantiva entidad, sino en función de la reacción de la víctima: en suma, de su *resistencia*.

Veamos, pues, los extremos que abraza esta sistemática normativa.

Sentido normativo de la violencia e intimidación.

En el cambio legislativo obrado en el Código de 1995, de la antigua *fuerza e intimidación* por las actuales *violencia e intimidación* se deslizan oportunamente las posibilidades de dar una renovada impronta a la tradicional interpretación de estos elementos.

En cuanto al elemento de *violencia*, como ya se anticipó, estimado, según la normativa del antiguo Código penal, como necesidad de una *fuerza* concurrente, ha sido regla general dar un giro valorativo a la interpretación: vinculando la *fuerza* típica a la idea del vencimiento de

resistencia, un elemento descriptivo de la acción del sujeto activo venía a interpretarse en función de la entidad, avatares y características de la defensa ejercitada por el sujeto pasivo. Tal interpretación ponderaba las concretas capacidades físicas o psíquicas de la víctima en orden a las reales posibilidades de resistencia (SSTS. de 5 de octubre de 1985, 24 de noviembre de 1986, 27 de noviembre de 1988). En esta línea, lo que no debería ser sino una cuestión probatoria se valoraba como exigencia típica. La víctima no se ha “resistido bastante”, su defensa no ha sido “real” o “seria” (alusiones asociables a la inefable categoría de la *vis grata puellis* o resistencia retórica (así, SSTS. de 7 de mayo de 1983 y 27 de octubre de 1988).

Abandonados los antiguos desafueros en la valoración de esta exigencia, conforme a los cuales la víctima había de ejercitar una defensa desesperada, si no suicida, la corriente doctrinal y jurisprudencial más generalizada sigue siendo estricta en el mantenimiento de una resistencia de cierta entidad para configurar la violencia típica. Se habla así de la necesidad de resistencia razonable (SSTS. 2 de diciembre de 1981 y 8 de abril de 1992), resistencia idónea, genuina y verdadera, por más que no necesariamente desesperada o numantina, de tal manera que *demuestre claramente su negativa* (SSTS. 28 de septiembre de 1984, 12 de diciembre de 1991, 6 de mayo de 1992, 11 de diciembre de 1992 y 6 de octubre de 1994).

Como se observa, la resistencia parece quedar reconocida, en tales valoraciones, como medio típico de manifestación del consentimiento. Una voluntad inequívocamente contraria al acto sexual no se estima suficiente, desde esta interpretación, para entender concretado el delito, ni siquiera en los casos en los que es físicamente imposible la defensa (como es el supuesto de la menor protección que la normativa reserva a la víctima hemipléjica, por ejemplo).

Aunque resulte inexplicable por qué exigir tan arriesgado medio de comunicación, es muy minoritaria la postura doctrinal que defiende la mera oposición verbal explícita como suficiente exteriorización del disenso, a efectos de apreciar *agresión sexual*. El legislador de 1995, desde luego, no la secunda, aunque parece abrir una puerta a interpretaciones menos mecánicas y taxativas frente a la necesidad de resistencia.

Tal como se ha comentado, el cambio de *fuerza* (que, en efecto, precisa vencer una resistencia) por *violencia* puede facilitar una interpretación del precepto más respetuosa con las necesidades de tutela del bien jurídico. En especial, si se parte de la noción de violencia sexual como la desplegada para doblegar una voluntad, no una acción defensiva.

De otra parte, el legislador no exige el uso instrumental de la violencia, sino que basta su concurrencia (son actos perpetrados con *violencia*, en forma idéntica al modo en que la violencia se exige en el *robo con violencia*). Sin duda, resulta comparativamente humillante que, en la tutela del patrimonio frente a los robos perpetrados con violencia, la resistencia ante el ladrón no haya sido planteada en términos de exigencia típica. Sin duda alguna, puede ser constructiva la indicación doctrinal que recomienda interpretar los delitos sexuales violentos o intimidatorio teniendo bien a la vista la línea interpretativa aplicada al *robo con violencia o intimidación*: un delito construido, como se ve, con idéntica sistemática y parcial comunidad de elementos, pero bastante menos inficionado desde un punto de vista valorativo.

A tal respecto, parece adecuada y fiel a la redacción típica la exigencia de violencias empleadas, bien para vencer barreras defensivas (sentido instrumental) o bien meramente adicionales y concurrentes, en los casos en que la víctima no ejercita defensa, siempre que la voluntad contraria a la acción sexual haya sido emitida con firmeza y claridad bastante. Existen numerosas posibilidades en que la víctima puede encontrar que lo razonable, u oportuno es, precisamente, no resistirse.

Supuestos, así, como el de estar cercanos los hijos de la víctima, cediendo la misma, sin más que una esquemática defensa (aunque manifiestamente en contra de su voluntad) a las acciones sexuales por temor a que los hijos se aproximaran y quedaran implicados en los planes del agresor (STS. 1 de junio de 1993).

Como criterio orientador, y a efectos de entender perpetrado *robo con violencia*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado como actos de violencia típica las producciones de hematomas, equimosis, escoriaciones, erosiones, laceraciones y desolladuras (SSTS. de octubre

de 1985, 30 de diciembre de 1985 y 12 de septiembre de 1986). Dichas producciones violentas son de hallazgo frecuente en los supuestos de agresión sexual, incluso cuando la acción recaiga sobre víctima no resistente. Ciertamente, las mismas podrían admitirse como violencia concurrente, aunque no instrumental, justificando suficientemente la calificación de *agresión sexual*.

Existe, incluso, jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se formula inequívocamente que la resistencia no es sino uno de los muchos efectos que la violencia puede generar, pero no el único (STS. 15 de septiembre de 1994), y que, por otra parte, no es en modo alguno elemento del tipo, puesto que la protección de la libertad sexual de la víctima no constituye un *premio a su valor* (SSTS. 4 de mayo de 1992 y 11 de febrero de 1994). Lo fundamental, como acertadamente discurre ya esta moderna jurisprudencia, es la *voluntad contraria al atentado sexual*, siendo la resistencia una de las posibles manifestaciones de tal rechazo, pero no la única concebible (STS. 5 de septiembre de 1994). De tal manera, resulta rechazable la lectura de una no-resistencia como actitud consensual (STS. 29 de marzo de 1994). Procede así abundar en esta línea interpretativa felizmente iniciada, de tal manera que, de la censora evaluación de las reacciones de la víctima, se traslade el foco de atención a la actitud hostil, agresiva e incuestionablemente criminal de quien sojuzga la voluntad sexual de la víctima (STS. 5 de diciembre de 1991).

Desafortunadamente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de junio de 1998, discurre que la violencia ha de ser esgrimida precisamente en el umbral de la acción sexual realizada, esto es, que, mediando un consentimiento inicial a determinadas acciones de contenido sexual, la fuerza desplegada para vencer una oposición a acciones ulteriores no constituiría violencia típica. Ello no sólo contradice el rasgo de *revocabilidad* clásicamente atribuido en Derecho penal al consentimiento, sino que, en términos sociológicos, implica negar a la mujer un ámbito de decisión sobre el curso de las relaciones sexuales que entable: al parecer, la consensualidad sólo ha de concitarse al inicio.

Por cuanto atañe a la *intimidación*, su noción alcanza a una concreta manifestación vulneradora del libre derecho de determinación y elec-

ción personal, por el uso del terror instrumental. Clásicamente se plantea en torno a este elemento la necesidad de valorar su entidad desde perspectivas objetivas: no es tan determinante la efectiva causación de miedo, angustia, terror u otra intensa perturbación emocional en la víctima, como la aptitud objetiva del medio coactivo empleado para generar tales emociones. Una intimidación eficaz para los propósitos del agente puede, desde estos rígidos parámetros, no ser eficaz a efectos de entender concretado el tipo, por falta de entidad de la amenaza.

Dicho en otros términos, también en el plano de la *vis compulsiva* parece que tiene la víctima una obligación de *resistir* moralmente ante aquella amenaza que no alcance las dimensiones conminatorias objetivas, aunque sus especiales condiciones personales o contextuales no la capaciten para ello: ello supone, desde luego, desconsiderar la vulnerabilidad anímica de la víctima, o su talante moral: La víctima puede ser capaz de sacrificar su libertad sexual por la vida o integridad física de un tercero, incluso si es persona desconocida. En la casuística, incluso se localiza una víctima menor que cede ante el temor de que el sujeto activo se suicide, no valorándose en tal supuesto como intimidación la amenaza ejercida (STS. 6 de octubre de 1990).

Se ha exigido, así, que el autor haya formulado amenaza, y que esa amenaza comporte una capacidad intimidatoria objetivamente valorada (eso sí, al menos, no es necesario que tal formulación sea oral, sino que incluso el lenguaje corporal se admite como vehículo de comunicación (STS. 6 de abril de 1992).

La amenaza, se ha dicho, ha de incorporar un mal grave, inminente, racional y fundado (SSTS 18 de diciembre de 1991 y 24 de febrero de 1992). Con reiteración se exige que el mal en cuestión sea constitutivo de delito contra la vida o integridad de las personas (STS. 10 de diciembre de 1986). Tiende a admitirse sólo si recae sobre la persona o bienes de la víctima o personas a ella vinculadas, descendientes ascendientes o cónyuges, (SSTS. 6 de octubre de 1990, 12 de diciembre de 1991 y 11 de febrero de 1994).

Como ya empieza acertadamente a plantearse, el tipo, en puridad, ni

siquiera exigiría que se formulara una amenaza para amedrentar a la víctima: lo que se requiere es que la víctima, que manifiesta claramente su rechazo, ceda, sin embargo, intimidada (se habla de un temor racional y fundado, no necesariamente miedo pánico, pero seria y acentuadamente perturbador; SSTs. 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994). Se abren así caminos interpretativos esperanzadores. Alguna jurisprudencia insiste ya en que, que del contenido objetivo del mal con que se conmina, la atención haya de desplazarse a la eficacia para la consecución de los planes del agente (STS. 27 de febrero de 1991), esto es, en la auténtica causación del miedo.

Ello nos sitúa en una órbita victimológica que atiende a los factores subjetivos del sujeto pasivo: no se exige a la víctima la obligación de sobreponerse ante amenazas que el observador frío estima nimias o ridículas; dicho en otros términos, hace posible apreciar agresión sexual sobre víctima espantadiza, impresionable o incluso pusilánime, si efectivamente se produce ese espanto o impresión que anule la voluntad libre.

Más aún: en la nueva redacción de 1995, se contempla como circunstancia agravatoria la agresión sexual perpetrada a persona *especialmente vulnerable* (art. 180 3º Cp). Por lo tanto, hoy por hoy, si la índole especialmente medrosa de la víctima se asocia a las razones descritas en dicho precepto (edad, enfermedad o situación), no sólo habría que estimar concretada la intimidación, sino que, además, procederá aplicar la agravación.

Ciertamente, el dolo del autor ha de abarcar la existencia de esa intimidación, de la cual él se sirve, pero no tiene por qué haber generado personalmente. De ahí que el tipo pueda concretarse cuando el autor se aprovecha del miedo creado por otro, o cuando exista *intimidación ambiental*, ambos supuestos ya jurisprudencialmente aceptados. En efecto, destaca muy positivamente la aceptación del valor intimidatorio del entorno, cuando el sujeto activo no amenaza directamente, sino que instrumentaliza, para amedrentar, circunstancias de vulnerabilidad situacional eventualmente concurrentes, tales como la nocturnidad o aislamiento del lugar comisivo (STS. 4 julio de 1991) o explota para sí la intimidación creada por otro partícipe (STS. 25 de febrero de 1986). Más aún, dicha explotación, como observaremos más tarde, podría inte-

grar, además, la circunstancia agravatoria 3ª del art. 180 (la *vulnerabilidad situacional* de la víctima).

En el ámbito del maltrato doméstico, la calificación de las actuaciones sexuales perpetradas alcanza niveles de voluntarismo y subjetividad poco sostenibles. En efecto, un opresivo y autoritario ambiente doméstico es un idóneo campo de cultivo para las conductas de sexualidad impositiva y abusiva sobre los miembros más vulnerables. En estos casos, los medios violentos se solapan con los propios de prevalimiento, en una indefinible mixtificación, resultando de todo ello una efectiva situación en la que el ambiente viciado y oprimente, creado por el autor, comporta un indiscutible estado intimidatorio sobre las víctimas.

En estos casos, la jurisprudencia no toma en consideración estos efectos de intimidación doméstica para entender configurada una agresión sexual: para que, en sede doméstica, se opte por esta máxima calificación, el agresor ha debido de intimidar con arma blanca, o con la amenaza de propinar palizas, es decir, es requisito que la intimidación sea concreta (SSTS. 2 de junio de 1986, 4 de abril de 1988, 10 de marzo de 1990 y 3 de noviembre de 1992).

Los malos tratos como telón de fondo habitual de las imposiciones sexuales, los instrumentos genéricos de conminación y opresión cotidiana de la libertad personal son considerados medios vagos y difusos (aunque para las víctimas tengan una realidad bien concreta) y no configuran la intimidación típica de las *agresiones sexuales* (STS. 29 de enero de 1990). Sin embargo, y siguiendo la misma línea jurisprudencial que ha apreciado *agresión sexual* en supuestos de *intimidación ambiental*, en los que no hay amenaza explícita y concreta, la explotación de un contexto doméstico hostil y violento al servicio de atentados sexuales, estimada como intimidatoria, debería servir para reprochar máximamente dichas actuaciones.

Tipo básico de agresión sexual (art. 178 Cp.)

Art. 178. "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión"

sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999, de 30 de abril):

Art. 178. “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”.

En cuanto a las conductas incriminadas en este capítulo, el *tipo básico* de agresiones sexuales viene configurado a partir de una fórmula muy abierta e inespecífica (atentar contra la libertad sexual de la persona), tan criticada en lo que tiene de impreciso como saludada favorablemente precisamente por su carácter residual y de recogida: ahora, ninguna conducta vulneradora de la libertad sexual, por más que no encaje en las descripciones típicas de preceptos más específicos podrá (al menos en sede teórica) eludir los filtros penales. En este espacio típico se ubican conductas fricativas, succiones, tocamientos (los que con más frecuencia vienen al Tribunal Supremo), besos violentos (STS. 28 de octubre de 1992) y actos masturbatorios.

Efectivamente, la conducta englobada en este tipo básico se define negativamente por un *no consistir* en las conductas del tipo cualificado, a saber, *acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*.

Se reproduce sobre este plano la antigua cuestión que se discutía en relación con las antiguas *agresiones sexuales asociadas a la violación*, (los aún más antiguos *abusos deshonestos*), esto es, si el contacto sexual directo víctima-ofensor era requisito imprescindible. A pesar de que se siga manteniendo tal necesidad, la actual redacción del precepto no parece haber cedido incontrovertidamente ante dicha postura, ya que la única precisión manifiesta en la descripción es que se trate de un acto sexualmente lesivo. La índole sexual y desde luego, el carácter dañoso del acto no se contradicen desde luego por el hecho de que no haya mediado dicho contacto. Así, conductas de humillación sexual, tales como obligar a la víctima a desvestirse, a masturbarse, a tolerar actos de tercero o, finalmente, a ejecutarlos ella misma sobre este tercero deberían entrar de lleno en el foco de este tipo básico.

Además, se aboga mayoritariamente por no considerar o bien relegar al ámbito de las coacciones la imposición violenta o intimidatoria de contenidos visuales de significación sexual: de un lado, por no estimarse cumplidos los imperativos de *intervención mínima penal*, así como por el dato significativo de haber excluido el legislador a los adultos como sujetos pasivos de la conducta de exhibicionismo.

A esto último puede objetarse que la citada exclusión es eficaz sólo para los casos de exhibición ante adultos realizada sin la concurrencia de medios violentos o intimidatorios, como corresponde al ámbito del exhibicionismo. En cualquier caso, para valorar si la entidad de dicha forma de atentado satisface un nivel que justifique su inclusión en este tipo, todo planteamiento rígido, del tipo del que exige el criterio de la *tactilidad* o el *contacto directo* resulta incongruente con la elasticidad y apertura de la descripción típica, acorde con la índole compleja del bien jurídico que se tutela. Nada hay en el texto legal o en la sistemática incriminatoria que, a priori, se oponga a la inclusión de supuestos en los que otros sentidos se hayan instrumentalizado al servicio de la humillación sexual típica, siempre que el atentado venga dotado de una entidad suficiente.

El Tribunal Supremo ha estimado la concreción del presente delito sin existencia de contacto inmediato, en una contada ocasión, (casi, por así decirlo, histórica), STS. 8 de febrero 1950.

En cuanto a los *sujetos activos y pasivos*, son paladinamente inespecíficos. La nueva redacción del art. 179 Cp. parece zanjar definitivamente la porfía (bizantina, por demás) en torno al esclarecimiento de si las conductas de sexualidad impositiva entre mujeres han de englobarse aquí o, como veremos, en el tipo agravado del 179 Cp.

De otra parte, es claro que la víctima no requiere cualificación especial para ser valorada como sujeto pasivo. No siendo ahora la honestidad el bien jurídico tutelado, la valoración de su moralidad sexual no es pertinente a efectos de calificación típica. Así las cosas, se exhibe en triunfo la afortunada jurisprudencia del Supremo en la que se afirma que también las prostitutas, colectivo de riesgo en los delitos sexuales, son dignas de

tutela, en lo que incumbe a su libertad sexual (SSTS. 26 de septiembre de 1986, 28 septiembre de 1991, 23 septiembre de 1992, 29 de marzo de 1994 y 14 de diciembre de 1994...).

Ahora bien, si este reconocimiento, como se observa, viene siendo eficaz para el supuesto de prostitutas, no lo es tanto, ni tan fluido, en el caso de la tutela de la libertad sexual de mujeres que no se ciñen a los patrones de moral sexual convencional. En la práctica la defensa procesal del agresor se cimenta, precisamente, en la destrucción de la reputación de la víctima (doblemente victimizada), pues es claro que el no responder a patrones de moralidad convencional, todavía hoy, obstaculiza la obtención del *status* de víctima. Obtener la tutela efectiva de la libertad sexual de la prostituta es más fácil que conseguirla para la mujer promiscua, o la casada infiel o trasnochadora. No es baldío recordar que la prostituta cumple un papel marginal pero integrado, al servicio de una concreta estructuración masculina de la vida social. En cambio, la tutela del albedrío sexual de aquellas víctimas que no atienden a sus deberes con el orden social convencional resulta más difícil de asumir, por cuanto aportan elementos de desintegración al *status quo*.

Suele plantearse en el ámbito de los delitos sexuales la problemática de considerar o no a estas infracciones como *delitos de tendencia*, (STS. 28 de marzo de 1990, 6 de abril de 1991, 23 abril de 1993), configurándose el ánimo lúbrico o de satisfacción sexual como un elemento subjetivo del injusto.

Dogmáticamente, este entendimiento no siempre es compartido, aduciéndose que el dolo del agente ya absorbe suficientemente el ánimo lascivo, y que, en todo caso, el dolo debe comprender el conocimiento y realización del tipo objetivo, cifrado en el carácter y sentido sexual de la acción, con independencia de la pulsión anímica o instintiva que condicione al agresor. En esta línea avanza la STS. 25 de enero de 1994.

Incuestionablemente, la pulsión sexual es inexcusable en los supuestos de penetración fálica, pero no así siempre en las presentes conductas del tipo básico, en las conductas de sexualidad bucal o en la introducción de objetos. Puede concurrir un ánimo vengativo, sádico o vejatorio, ten-

dencias distintas de la finalidad de satisfacción sexual. De hecho, no es infrecuente que esto ocurra, utilizándose la sexualidad como medio para consagrar un *status* de poder sobre la víctima (agresión sexual doméstica, o entre conocidos) o de prestigiarse ante el clan (agresiones grupales, realizadas por bandas juveniles con sentido iniciático, para cualificarse como miembro, etc.). Estamos ante un *delito violento*, en los que asistimos a una acción impositiva de dominación, y el agresor sexual no diferirá mucho en su contenido anímico del común agresor de otros delitos de violencia: odio, venganza, hostilidad, deseos de humillar son actitudes que pueden verificarse en exclusiva o en concurrencia con el ánimo de satisfacerse sexualmente.

Por ello, debe de rechazarse el sostenimiento de dicho elemento subjetivo del injusto: lo básico es que el autor quiera agredir sexualmente, es decir, instrumentalizar la sexualidad para la comisión de un atentado contra el albedrío sexual de la víctima.

Este delito, y así hay que recordarlo, recibe el calificativo *sexual* tanto más por ser la sexualidad el plano donde recae la lesión típica que por que tenga que ser nítidamente *sexual* el fin perseguido por el autor (en otro caso, habrían de llamarse *delitos lascivos o lúbricos*): no debe de olvidarse que los tipos penales se articulan en torno a la defensa de bienes jurídicos relevantes. La lesión del bien jurídico, no el impulso perseguido, será, así, el eje definitorio del delito.

En cuanto al error, habría que negar su posibilidad de estimación en el plano de la agresión sexual, por cuanto pretenda recaer en el elemento de ausencia de consentimiento. Se trata de conductas violentas, intimidatorias y directamente impositivas, incompatibles de todo punto con la ignorancia o equivocación, toda vez que, si se ejercitan tales medios, es obviamente sobre la base de conocerse el contenido contrario de la voluntad. Sin embargo, el Tribunal Supremo en algún caso singular ha valorado la existencia de error (¡invencible!), incluso, en el caso de ejercicio de fuerza (STS. 16 abril de 1974).

En cuanto atañe a los *grados de ejecución*, la antigua problemática suscitada en torno a la diferenciación entre supuestos de frustración y de ten-

tativa pierde ya actualidad, toda vez que la frustración desaparece como forma ejecutiva autónoma (art. 15.1º Cp.) En general, tanto para tipo básico como para las conductas cualificadas, la tentativa se apreciará cuando se ejerza la violencia o intimidación (derribar a la víctima, perseguirla, introducirla a la fuerza en un vehículo) sin que la acción sexual llegue a ejecutarse, sea cual sea la causa -orgánica, de oportunidad, etc.- (STS. 17 de marzo de 1987 y 29 de mayo de 1993).

Aunque no es, por fortuna, la regla general, alguna sentencia ha entendido que el delito no se había consumado pese a haberse producido contacto entre víctima y ofensor, (colocarse sobre la mujer), entendiendo que dicho contacto formaba parte de la fuerza, y no integraba contenido sexual (STS. 1 de octubre de 1990). De otra parte, cuando falta un vínculo de inmediatez espacio-temporal entre el elemento intimidatorio y la acción sexual que se anuncia en la amenaza, la intimidación en sí misma ha sido considerada acto meramente preparatorio, no ejecutivo, no estimándose el delito intentado (STS. 12 de julio de 1995). Esta interpretación liga, como se observa, con la línea objetivista que exige inminencia en el mal con que se amenaza, sin adentrarse en las posibilidades reales para la víctima de obviar la desgracia con la que se le conmina.

Por cuanto afecta a los problemas de *autoría y participación*, tanto para el presente tipo básico como para el tipo agravado del art. 179 Cp., se plantea la posibilidad de estimar coautoría en supuestos donde un sujeto ejerce la fuerza o intimidación y otro perpetra el atentado sexual (SSTS. 26 de noviembre de 1991 y 28 de abril de 1992). Sin embargo, quien coadyuva a la agresión sexual o está vinculado con el autor por un plan común, en cuyo desarrollo se perpetra la agresión es reputado, más frecuentemente, como *cooperador necesario* (art. 14.3 Cp.), estimándose su esfuerzo conectado causalmente a la agresión, por ejercer alguno de los medios comisivos: violencia, intimidación a favor del autor, siendo posible que la pluralidad de intervinientes cumpla una misión de intimidación ambiental o contextual suficiente para fundar asimismo una *cooperación necesaria* (SSTS. 4 de octubre de 1988, 3 de diciembre de 1990, 23 de enero de 1993, 22 de febrero de 1994 y 24 de mayo de 1994).

Tradicionalmente se ha considerado que sólo la autoría directa es posible, por tratarse de delitos de los llamados *de propia mano*, (SSTS. 10 de junio de 1982 y 8 de febrero de 1991), esto es, sólo el sujeto activo puede realizar materialmente la acción típica, no pudiéndose valer de instrumentos. Una línea interpretativa menos rígida parece abrirse paso, centrándose en la nueva redacción de los actuales tipos: lo esencial es el atentado a la libertad sexual de la persona, y por cuanto sea tal la intención del autor, será posible concretarse dicha manifestación por medio de un tercero irresponsable (STS. 2 de noviembre de 1994).

En relación con las conductas pasivas de terceros ante supuestos de agresión sexual, será posible estimar que se ha incurrido en *omisión de impedir un delito*. Siendo contra la libertad sexual el delito no impedido, la sanción será de multa de seis a veinticuatro meses (art. 450 Cp.). Sin embargo, si hay una participación de mayor entidad causal que la de ser mero espectador pasivo, cediendo sus efectos para la comisión, obstaculizando la huida de la víctima etc., la calificación será de *complicidad* (STS. 25 de febrero de 1986 y 6 de abril de 1992). En algún supuesto se ha apreciado incluso comisión por omisión (STS. 31 de enero de 1986).

Violación (art. 179 Cp.)

Art. 179. "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".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999, de 30 de abril):

Art. 179. "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".

El art. 179 Cp. incorpora a su texto las modalidades sexuales que configuraban la antigua *violación* del art. 429 Cp., a las que se equipara la relativa a la *introducción de objetos*, modificación largamente reclamada, toda vez que la reforma de 1989, que equiparaba las conductas de pene-

tración vaginal a las de penetración anal u bucal se antojaba a todas luces incompleta.

Novedad es asimismo la reintroducción, por la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VII del Código penal*, del tradicional *nomen iuris violación*, que había desaparecido por estimarse referente peligroso en cuanto saturado por sus contenidos previos: así, la tendencia social a identificar *violación* con conductas de yacimiento canal exclusivamente fállica y por vía vaginal. A cambio, en el término *violación* la denominación es mucho más incisiva y socialmente clarificadora a efectos de marcar las conductas que, por ser las más victimizantes en el plano de la violencia sexual, se hacen acreedoras al máximo reproche jurídico.

Por *acceso carnal* se entendía el supuesto de coito heterosexual, siendo, en coherencia, sólo varón el posible sujeto activo del mismo, aunque, más limitadamente, se admitía también a la mujer como sujeto activo. Ahora, según la nueva redacción del artículo, acceso carnal es el modo genérico de calificar la perpetración del acto sexual por cualquiera de las vías típicas, vaginal anal o bucal.

En un entendimiento victimológico del precepto, que atienda, ciertamente al plus de antijuricidad propio de la *violación*, lo relevante en estas conductas será la connotación invasiva de intimidación corporal que cabe predicar de las mismas. El *acceso carnal*, por cualquiera de esas vías, ha de comportar dicha invasión, siendo ésta una primera referencia identificativa del concepto. Por exclusión, como nota negativa, el acceso, que implica adentrarse en las vías típicas, no puede ser instrumentado por un objeto (ya que, en tal caso, se estaría configurando la modalidad correlativa de la *introducción de objetos*).

El instrumento de introducción, en efecto, ha de ser corporal, y, prototípicamente, será de carácter fállico, pero no necesariamente, por más que sea una convención jurisprudencial la exigencia de penetración fállica, no lingual o digital (STS. 26 de noviembre de 1991), conductas éstas remitidas al tipo básico. Se critica reiteradamente que los actos de sexualidad homosexual femenina apenas puedan responder a las descripciones del

presente tipo cualificado. Sin embargo, como se ha observado, el término *acceso carnal* es lo suficientemente amplio de cabida como para poder traer al mismo las más reprochables manifestaciones de homosexualidad femenina coercitiva, si su entidad así lo recomendara.

La cuestión entablada, a un lado su interés académico, no merece las digresiones de que se ha hecho objeto, tanto más si sirven a oscurecer el hecho de que, como con acierto se ha indicado, las mujeres no violan: la aparente neutralidad con que se configuran los tipos de delitos sexuales diluye la realidad estadística que demuestra que se trata de una criminalidad netamente masculina, y, mayoritariamente, de un género hacia otro. La tutela que incuestionablemente reclaman y requieren las víctimas varones contra eventuales conductas de sexo impositivo (prototípicamente, suscitadas en las cárceles) ha hecho imprescindible esta pérdida de la (nada envidiable) exclusividad como sujeto pasivo del delito sexual. Sin embargo, no parece que, en cambio haya una realidad criminológica con prestancia estadística que justifique un debate apasionado sobre el modo de tratar los supuestos de sexualidad femenina agresiva.

En el mismo sentido, si la conducta tiene una implicación lesiva de entidad suficiente, cabe subsumir supuestos de *acceso carnal* digital, más aún teniendo en cuenta que la jurisprudencia, por otra parte, lo ha excluido recientemente como supuesto de *introducción de objetos*.

La STS. de 26 de noviembre -1991 relega al tipo básico la conducta de introducción o acceso digital por vía vaginal, aduciéndose, en un alarde de cerril formalismo, que no queda concretada una *introducción de objetos*, toda vez que los dedos no tienen carácter propio de objetos. Se deja sentir una línea interpretativa que atienda el grado de antijuricidad, atendiendo criterios proporcionales, teleológicos y victimológicos.

En relación con la *vía vaginal*, se suscita aquí la cuestión del nivel de contacto al que ha de entenderse establecido el *acceso carnal*, observándose como de igual aceptación dos diferenciadas líneas jurisprudenciales, de un lado, la que exige efectivo y pleno acoplamiento o *coniunctio membrorum* y la que se conforma con la existencia de un mínimo o principio de contacto penetrativo o *inmisio penis*. Es evidente que, en punto al esta-

blecimiento de la perfección del delito, las soluciones dependerán del sostenimiento de uno u otro criterio. El de la penetración mínima, más punitivo, permite estimar consumados supuestos en los que la desproporción de órganos (así entre víctima menor y ofensor adulto) no hace posible el pleno acoplamiento (SSTS. 19 de noviembre de 1983, 30 de mayo de 1984, 24 de abril de 1990 y 31 de mayo de 1994).

A efectos de fijar niveles mínimos de consumación, el Tribunal Supremo ha ido delimitando concienzudamente zonas anatómicas, para rechazar en general la perfección del delito cuando la penetración no sobrepasa la llamada *zona vestibular*, marcada por los labios mayores vaginales. Sin embargo, recientemente gana adeptos la idea de que la cavidad vaginal constituye una unidad, en la que se integran genitales externos e internos, consumándose ya el atentado contra la libertad sexual cuando finalísticamente se emprende la penetración, ya que en ningún sentido realiza el legislador dichas divisiones anatómicas (SSTS. 31 de mayo de 1994, 20 de junio de 1995 y 29 de marzo de 1996). Así, el *coito vestibular*, que implica contacto periférico, ha sido considerado suficiente para integrar la agresión consumada (STS. 15 de junio de 1995). De otra parte, los delitos sexuales no integran la forma de *delitos de resultado*, por lo que, a efectos de consumación resulta absolutamente indiferente que se obtengan o no resultados materiales: rotura de himen, eyacuación o efectiva satisfacción sexual por parte del sujeto activo (SSTS. 19 de noviembre de 1983, 12 de julio de 1990, 27 de julio de 1992 y 20 de mayo de 1997). Es la propia actividad sexual la que marca el perfeccionamiento del delito.

El ahora llamado *acceso carnal* por vía *anal o bucal*, según la redacción de 1999, se corresponde, en esencia, con la preexistente *penetración bucal o anal*. En criterio afín al seguido para la apreciación de consumación en el acceso carnal vaginal, las cavidades de penetración no se harán objeto de divisiones y fraccionamientos, estimándose como unidad orgánica sobre la cual todo lo que sea penetración, más allá de mero contacto, configurará el tipo cualificado.

La *introducción de objetos* constituye otra de las formas de perpetrar el tipo cualificado. Ciertamente esta equiparación es elogiosa, y con la

misma se atienden las reclamaciones de quienes entienden, mayoritariamente, en este supuesto una vejación sexual equiparable a las penetraciones, junto con un potencial lesivo que podría ser superior en ciertas ocasiones. En los delitos sexuales, el componente impositivo y de superioridad tiene un protagonismo mayor que el que pueda tener la mera motivación sexual. De ahí que sea frecuente el alto contenido simbólico de estas manifestaciones degradantes, en las que, como ceremonial de poder, se introducen a veces los propios efectos agresivos y peligrosos, sellando la inferioridad de la víctima.

El objeto en cuestión es aludido como *sucedáneo del pene*, sin que ello parezca exigir ningún tipo de parecido morfológico. No queda comprendida, como sabemos, la introducción digital (los dedos, se aduce, no son *objetos*, STS. 14 de febrero de 1994). Si se introduce arma o instrumento igualmente peligroso, procederá la cualificación del art. 180. 5ª Cp., mientras que si se producen muerte o lesiones efectivas, procederá un concurso ideal de delitos.

Una interpretación restrictiva había identificado a la vagina como única cavidad de introducción, mientras que, con mayor amplitud, se consideraba también propia del art 179 Cp la *introducción anal de objetos*. Parece haber acuerdo en considerar un inexistente o menor contenido del injusto en la mera *introducción bucal* lúbrica de objetos, que, en su caso, podría constituir un delito contra la libertad general o un delito de agresión sexual básica, cuando la vinculación sexual fuera marcada (introducir en la boca un simulacro fálico, por ejemplo). Esta precisión se ha plasmado en el texto de la última reforma, que señala las *vías vaginal y anal* como únicas susceptibles de integrar la introducción de objetos, excluyendo a la boca como cavidad de *introducción de objetos*.

Como singular problema de antijuricidad se plantean los supuestos de *violación matrimonial*, pues la sede doméstica ha operado como refugio último, donde el Derecho penal es renuente a introducirse, de acuerdo con la línea de entendimiento de las conductas de sexualidad coercitiva como asunto entre privados. Obsérvese, pues que no es un problema de carencia de tipicidad, ya que muchas de tales conductas encajarían incluso en la antigua concepción coital de violación.

Si la intervención penal suele vacilar cuando cierta relación vincula al agente y su víctima, siendo ambos marido y mujer la impunidad se había hecho regla asumida e incluso doctrinalmente argumentada: la mujer no perdía su honestidad por ninguna conducta de sexualidad marital, aunque se le concedía el derecho a oponerse al llamado sexo *contra natura* o se le permitía rechazar “justificadamente” la imposición (por estar enferma o menstruando). Tal reconocimiento no implicaba siquiera cargar en tales excepciones al marido con un delito de violación, sino tratarlo como autor de amenazas o coacciones.

La situación, cuando menos en sede formal, viene a transformarse con la consagración constitucional del principio de igualdad proyectado al plano matrimonial, art. 32 CE. La estimación de la libertad sexual como bien jurídico protegido da un giro a las ideas sobre la atipicidad o justificación de la agresión sexual matrimonial, pues el albedrío personal, en todo caso, no claudica ni se debilita por el hecho de contraer matrimonio, institución que no cabe entender que confiera ya *licencia para violar*. Por otra parte, se ha observado acertadamente que el presunto derecho del marido a la prestación sexual de la mujer no figura en ningún cuerpo legal, público o privado (no desde luego en los arts. 66, 67 y 68 del C.c., que regula la institución), y aun cuando quisiera dársele alguna virtualidad o eficacia, lo cierto es que cualquier ejercicio violento y coercitivo del mismo supondría una *realización arbitraria de propio derecho* penalmente sancionada.

Ante los radicales cambios jurídicos e ideológicos así suscitados, el Tribunal Supremo ha ido valorando supuestos de sujeto activo casado con su víctima (SSTS. 7 de noviembre de 1988, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 27 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996).

Pese a estos logros, suele aludir con referencia a las agresiones sexuales en ámbito doméstico a insoslayables problemas probatorios que apenas dejan luz a la posibilidad de que estas causas puedan prosperar. Hay que afirmar, sin embargo, que no son tanto los problemas de prueba sino los recelos y la recalcitrante renuencia del sistema a entrar en “asuntos personales” lo que dificulta un mayor reconocimiento de la agresión sexual

marital: el lugar de convivencia no tiene por que ser un páramo deshabitado e incomunicado, y la dinámica violenta que suele circundar estos casos rara vez es un secreto para familiares o vecinos, cuyo testimonio podría devenir esencial. Y, en última instancia, las condiciones de absoluto secreto y aislamiento en el que la agresión marital puede verificarse no son, en esencia, muy distintas de las propias de cualquier agresión sexual, sistemáticamente practicada en condiciones criminológicas de *ausencia de vigilante*.

El mayor problema es, así, la enorme cifra negra de comisiones en el ámbito matrimonial, contra la cual sólo puede lucharse con la máxima sensibilidad victimológica y la afirmación de una indubitada tutela del albedrío sexual en cualquier estado civil. Pero el camino, desde luego no se allana con sentencias como la que aprecia *error de prohibición* en supuesto de marido que asegura haber pensado en la licitud de su coerción (STS. 5 de octubre de 1995). En cuanto a la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, habrá que rechazar, en general, su sentido atenuante, ya que es el parentesco el que arropa y facilita, precisamente la comisión. Si aún tiene sentido el matrimonio como institución de mutuo auxilio y respeto, tal como civilmente se configura, estas perpetraciones violentas suponen una traición a la confianza que incluso aumentaría la culpabilidad del marido agresor, pudiendo operar la circunstancia en contra del mismo.

Tal como indicamos en relación con el tipo básico, al estarse ante delitos de mera actividad, el inicio de la actuación sexual coercitiva marca el momento de perfección del delito. Sin embargo, como también quedó recogido, se podrá apreciar tentativa en los supuestos en que los medios comisivos de violencia o intimidación, valorados como actos itinerantes dirigidos a la meta perseguida, hayan sido desplegados, sin inicio del atentado sexual punible (SSTS. 18 de junio de 1990, 15 de noviembre de 1993 y 14 de noviembre de 1994). Igualmente, será tentativa cuando sólo un contacto o yuxtaposición de órganos sexuales u objetos, sin efectiva entidad penetrativa o introductoria, se haya producido.

El desistimiento de las acciones descritas en el art. 179 Cp. gana para el desistente la impunidad respecto de dichas infracciones, pero hay

que verificar en todo caso el carácter voluntario de dicho abandono: no podrá, así, obedecer a razones orgánicas, tales como fallos de erección, hipospadia, eyaculación precoz, etc., o contextuales, como la aparición de figuras auxiliares (SSTS. 17 de marzo de 1987, 14 de marzo de 1990, 9 de junio de 1992 y 3 de mayo de 1993). Estamos en presencia de unos delitos en los que la sexualidad viene flanqueada por perturbadores elementos anímicos de significación violenta. Son innumerables las ocasiones en que la sexualidad del agresor no discurrirá con "normalidad", antes bien, las disfunciones y fallos orgánicos serán moneda corriente (confirmando que no son actos de índole sexual, sino violenta, agresiva). De ahí que haya que estar al verdadero sentido de estos avatares funcionales, para evitar que valgan como desistimientos.

De acuerdo con el art. 16.2 Cp., la absoluta impunidad no procede respecto de las acciones ya comenzadas con entidad típica suficiente. De ahí que los actos lascivos ya emprendidos en una dinámica de agresión sexual cualificada podrán ser valorados como acciones integradas en el tipo básico del art. 178 Cp. (STS. 8 de octubre de 1991).

Precisamente por la conexión formal y sustantiva entre las conductas del tipo básico y el agravado (arts. 178 y 179 Cp) se suscitan los primeros problemas concursales y de delimitación. Se considera que el mayor desvalor del tipo cualificado absorbe las precedentes conductas lúbricas atentatorias contra la libertad sexual de la víctima. Sin embargo, cuando las agresiones básicas perpetradas y las cualificadas no se sucedan en un continuo progresivo, sino que posean autonomía propia (por ejemplo, no se da esa relación de progresión entre obligar a la víctima a masturbar al sujeto activo y forzarla a un posterior acceso carnal) entonces se respetará el desvalor independiente de ambas acciones, y se establecerá el correspondiente concurso real (SSTS. 22 de diciembre de 1987 y 5 de mayo de 1989). El criterio delimitador será, pues el de la autonomía y gratuidad de las acciones lúbricas básicas respecto de las conductas del art. 179 Cp. No importará entonces que los actos del tipo básico se hayan realizado antes o después de la conducta del art. 179 Cp., ya en ninguno de los casos se dará la absorción (SSTS 14 de febrero de 1991 y 22 abril de 1992).

Igualmente se suscitan problemas de delimitación entre tentativa de agresión sexual cualificada y la concreción del tipo básico, en términos muy similares a los que plantea la relación entre lesiones y homicidio. En un sentido técnico y formal, el ánimo de atentar contra la libertad sexual propio del tipo básico es distinto que el que informa las acciones más reprochables del tipo cualificado (STS. 15 de octubre de 1992). Sin embargo, las soluciones basadas en indagaciones sobre los distintos dolos no siempre son eficaces o siquiera posibles, toda vez que acaso ni siquiera exista algo parecido a un plan en la mente del agresor. El Tribunal Supremo suele dar primacía al tipo cualificado en grado de tentativa sobre la posible apreciación de agresión sexual en su forma básica. Sin embargo, en algunos casos sería sin duda más acertada la apreciación de concurso ideal medial.

Cuando se realizan dos o más conductas de las integradas en el art. 179 Cp., habría de proceder una valoración autónoma de cada una de las agresiones, con estimación de concurso real, ya que existe una ruptura de la unidad de acción por la renovación del ataque al bien jurídico y de la voluntad agresora. No se trata en tales casos de mero aumento cuantitativo de la antijuricidad de la acción sino la aparición de dos delitos independientes (SSTS 26 de abril de 1994 y 11 de marzo de 1994).

No obstante, la jurisprudencia aplica a este contexto la doctrina de la unidad de acción natural, teniendo establecido que la existencia de idéntico marco contextual y temporal, así como identidad de agentes activo y pasivo, guiada la acción por un mismo impulso erótico, implica la valoración de distintos atentados sexuales (por ejemplo, una doble penetración) como *una sola acción punible* (SSTS. 27 de mayo de 1988, 13 de diciembre de 1990, 3 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1993, 22 de enero de 1994, 16 de febrero de 1995, 28 de noviembre de 1996 y 10 de octubre de 1997).

La aplicación del *delito continuado*, una figura privilegiada, viene siendo excluida con carácter general, por doctrina y jurisprudencia, dada la naturaleza instantánea del delito y el carácter personalísimo del bien jurídico vulnerado. Así, los ataques a la libertad sexual deben ser valora-

dos y punidos separadamente (SSTS. 14 de abril de 1989, 1 de diciembre de 1991, 3 de diciembre de 1992, 4 de octubre de 1993 y 22 de septiembre de 1995). No obstante el *delito continuado* ha llegado a apreciarse en este ámbito (SSTS. 25 de 1988, 17 de 7 de 1989 y 16 de diciembre de 1991 y 12 de julio de 1997.). En tales casos, cada episodio agresivo se valoran unificadamente al abrigo de un mismo *furor erótico insatisfecho*. La estimación de delito continuado surte efectos, como se ha apuntado, de efectivo incentivo a la prosecución de los atentados sexuales, pues el coste punitivo asciende sólo ligeramente en virtud de dicha apreciación.

A tales apreciaciones hay que aducir que, estando aquí ante un delito de mera actividad, la efectiva satisfacción sexual no constituye resultado que marque en ningún sentido la verificación del tipo. La doctrina de la *unidad de acción natural*, tanto como la figura del *delito continuado*, aplicadas a la esfera de las *agresiones sexuales* implica que los avatares relativos a la descarga de la pulsión sexual del autor los elementos se erijan en circunstancias determinantes (STS. 21 de abril de 1992 y 19 de abril de 1997)

Si se produce un resultado de muerte procederá la estimación de concurso con el delito de *homicidio*, doloso o imprudente, que será real o ideal según la causación de muerte sea materialmente separable de la dinámica del atentado sexual.

En el mismo sentido, las *agresiones sexuales* entrarán a concursar materialmente con las lesiones causadas cuando estas últimas posean entidad y autonomía (lesiones de tipo sádico, por ejemplo, separables respecto de la dinámica del delito sexual). Procederá el concurso ideal cuando la violencia (o intimidación: piénsese en unas eventuales lesiones cardiacas) se produzca a lo largo de la dinámica comisiva de la agresión, sin solución de continuidad ni ruptura de la unidad de acción. Las *lesiones* podrán ser de tipo somático, incluyéndose el contagio de enfermedades de transmisión sexual (vgr. las enfermedades venéreas, enfermedades hepáticas SIDA, etc.) evidencia que asimismo puede ser esgrimida con valor probatorio; pero igualmente concurrirán eventuales lesiones psicológicas que deriven de la perpetración sexualmente agresiva.

En el supuesto de infección de SIDA, el Tribunal Supremo ha valorado como conducta de *lesión* el hecho de hacer a la víctima seropositiva, esto es, portadora de anticuerpos, sin necesidad de que la misma haya de desarrollar la enfermedad (STS. 18 de noviembre de 1991). Cuando se utilicen medios peligrosos para la vida o salud de las personas, sin llegar a concretarse ulteriormente este peligro, es decir, sin causación de lesiones, procederá la aplicación del art. 180 5ª Cp.

Cuando el hecho se cometa a partir de una entrada ilegítima del agresor en la morada de la víctima se hará necesario valorar el plus de anti-juricidad y lesividad que incorpora la conducta allanatoria. En la regulación anterior al Código penal de 1995 existía la posibilidad de apreciar la agravante de *ejecución del hecho en la morada del ofendido*, como en alguna ocasión ha estimado la jurisprudencia (STS. 28 de septiembre de 1981), pero esta agravante ha quedado excluida en el nuevo repertorio del art. 22 Cp. Queda a salvo la posibilidad de estimar concurso ideal medial entre *allanamiento de morada* (art. 202 Cp.) y *agresión sexual*; también en algunas ocasiones se ha apreciado concurso real entre estos delitos (STS. 18 de mayo de 1990). La ilicitud de la entrada o mantenimiento en el domicilio de la víctima se cifra en la ausencia de consentimiento de la víctima. De otra parte, cuando existan vínculos conyugales hay que recordar que la sentencia o medida provisional de separación establece la frontera a partir de la cual el agente cometerá *allanamiento* (SSTS 5 de junio de 1991, 17 de junio de 1992 y 14 de enero de 1993), criterio que adolece de un excesivo formalismo.

Desaparece de la vigente normativa penal el imperfecto híbrido *robo con violación* (art. 501 nº2 ACp.), que planteaba problemas técnicos (no era un delito complejo, ya que entre la violación y el robo no existe una relación medial o instrumental) así como valorativos: en efecto, resulta altamente cuestionable la dotación de autonomía de un tipo penal en el que el eje principal es el atentado patrimonial, actuando la agresión sexual como simple factor de agravación. Así, prescindiendo del momento en que el robo se produzca o de la aclaración de si es el lucro o la lascivia el impulso criminal prioritario, se estará en todo caso ante un concurso real de delitos.

Si, perpetrado el delito con violencia o intimidación, la víctima es amenazada con la ejecución de violencias ulteriores para hacerla desistir de la denuncia, la conducta integrará una *amenaza condicional* (art. 169 1º Cp.) que entrará en concurso con el delito sexual. En el mismo sentido, procederá también el concurso con el delito de *detención ilegal* -cuando la privación de libertad ambulatoria goce de entidad y autonomía- que no queda absorbido por la incidental privación de libertad ambulatoria implícita en la agresión sexual (STS. 19 de abril de 1997).

Las conductas básicas y cualificadas de los art. 178 y 179 Cp. se ven respectivamente agravadas si concurre cualquiera de las circunstancias de repertorio específico de agravaciones del art. 180 Cp.

Agravaciones específicas

Art. 180. "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 concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

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, adopción o afines, de la víctima.

5ª 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, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”.

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 180. “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 174 y de doce a quince años para las agresiones del artículo 179, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.

3ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

4ª 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.

5ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los art. 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 se impondrán en su mitad superior”.

Carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación.

Ha de tratarse de un *plus* de nocividad aportado por el empleo de la violencia o intimidación, cuyo efecto recaerá sobre la esfera de la dignidad

personal de la víctima. Se pone esta circunstancia en relación con la agravación del antiguo art. 430 Cp., *uso de medios modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios*, o con la agravante de *ensañamiento*, o causación de daño gratuito y sádico. Sin embargo, hay que notar que la agravación atañe al carácter calificadamente humillante de los medios comisivos, no a la brutalidad que sí comprendía el citado 430 Acp. ni tampoco al sufrimiento innecesario.

Los usos particularmente brutales, como se ha dicho, aquí no comprendidos, quedan referidos a la circunstancia 5ª, que analizaremos. Ciertamente, y en todo caso, esta circunstancia no es incompatible en todo con la agravante genérica de *ensañamiento* o causación de padecimientos gratuitos (art. 22.5ª Cp.), es decir, en cuanto no se refiera a la generación de sufrimientos morales en los medios de coerción, ámbito que comprende la presente circunstancia.

Es de observar que el legislador ha restringido la agravación al momento instrumental de empleo de violencia o intimidación, no incluyéndose el vejamen que pudiere implicar de modo especial la modalidad o carácter del atentado sexual perpetrado. Ello casa con la doctrina sostenida por el Alto Tribunal cuando mantiene que el carácter vejatorio o degradante es inherente a la conducta sexual típica, y queda por ello inmerso en el desvalor que el legislador toma en cuenta al pergeñar el tipo (STS. 13 de junio de 1992).

Por no haberse vinculado la agravación a la dinámica general de la acción, quedando referida tan sólo al uso violento o intimidatorio, el atentado a la dignidad que comportaría el forzamiento a acciones de depravación sexual tales como bestialismo, necrofilia o coprofilia, no queda a cubierto por la presente circunstancia; tampoco la incorporación de sufrimientos morales gratuitos, tales como hacer que hijos u otros allegados presencien la agresión. Para los casos especialmente denigrantes, no cabe pensar que el delito sexual absorba esta vejación, extraordinaria y no instrumental, que no es ya la propia e inherente a cualquier atentado sexual; ya que la misma no queda abrazada por la presente agravación, podría estimarse un concurso ideal entre la *agresión sexual* y el atentado contra la *integridad moral* del art. 173 Cp.

Comisión conjunta

Fundamento de esta agravación es tanto la especial indefensión de la víctima, siendo incompatible esta agravación específica con las genéricas de *alevosía* y *abuso de superioridad* (art. 22 1ª y 2ª Cp.) así como el carácter especialmente lesivo de las conductas grupales tanto desde el punto de vista físico (estadísticamente, es el supuesto donde mayor brutalidad se genera) como moral (por cuanto se produce una máxima cosificación de la víctima, despersonalizada hasta el punto de hacerse patrimonio colectivo); la víctima resulta intensamente *reificada*, reducida a estado objetivo sin señas humanas de identificación.

La reforma de 1999 substituye, acertadamente, la *comisión grupal* (a partir de tres personas) por una mera *actuación conjunta*, que solo exige la pluralidad (desde un número de dos personas). La agravación no especifica el título por el que los intervinientes han de estar involucrado en el atentado, por lo que no es necesario que todos lo cometan a título de autor (si lo hacen, responderán como autores de esta agresión agravada). Sí es preciso que hayan de estar vinculados al atentado sexual, en el sentido de intervenir en la violencia o intimidación (no necesariamente con acciones positivas: por ejemplo, cuando un grupo se presta pasivamente a servir a la intimidación, dejando que el autor explote la existencia de superioridad numérica).

Especial vulnerabilidad de la víctima

Asimismo es esta circunstancia una materialización del genérico *abuso de superioridad* (art. 22 2ª Cp.). Se toman aquí en consideración factores de vulnerabilidad subjetiva (edad, enfermedad) y contextual o relacional (situación). Además, el reformador de 1999 realiza una declaración de vulnerabilidad *ope legis* en el caso de víctima menor de trece años. Ello significa que, caso de verificarse una agresión sexual contra la misma, automáticamente habrá de aplicarse esta agravación. Pero ello no implica que, por el hecho de darse acceso carnal o introducción de objetos con menor de doce años, se esté automáticamente ante una violación (lo que sí ocurría en el ACp.). La calificación de violación, por la sistemáti-

ca del legislador de 1995, no reformada en 1999, dependerá siempre de la existencia de violencia o intimidación.

La *edad* vulnerable comprende no sólo a los supuestos de menores sino a las víctimas ancianas; la *enfermedad* será física o mental, sin que haya de quedar ceñida la misma a los supuestos de enajenación. Bastará con que se trate de un trastorno mental que haga a la víctima vulnerable. Dentro de este concepto puede comprenderse el llamado *síndrome de maltrato doméstico*, que delimita un cuadro de síntomas caracterizado por la escasa reactividad de la víctima y una alta dependencia emocional respecto del agresor, con anulación de barreras defensivas: en efecto, muchas agresiones sexuales domésticas tienen como sujeto pasivo a una víctima física y psíquicamente desguarnecida.

En cuanto a la *situación* vulnerable, se tratará de un contexto en el que quede maximizada la descompensación de fuerzas típica de este delito, extremándose el desamparo de la víctima: así, circunstancias tales como la nocturnidad, comisión en lugar despoblado, en situación de catástrofe, accidente o guerra. A este respecto cabe recordar cómo la *agresión sexual* a la mujer en tiempo de guerra o conflicto armado es un medio ofensivo tristemente generalizado de ámbito mundial, como instrumento para marcar simbólicamente relaciones de poder y dominio sobre los enemigos. Las violaciones de mujeres kosovares son, por desgracia, el penúltimo exponente de cómo la sexualidad coercitiva actúa como medio de opresión, muy por encima de un eventual desahogo de impulsos lascivos incontenibles.

Es precisamente en esta circunstancia, que contempla a una víctima marcadamente vulnerable, donde queda más patentemente expuesta la falacia y artificialidad aparejada por la exigencia valorativa de resistencia. En efecto, la vulnerabilidad de la víctima precisamente viene determinada por la extrema incapacidad de ejercer defensa efectiva. De este modo, los que mantienen la necesidad de este requisito para configurar la violencia típica todavía reclaman resistencia en la víctima vulnerable, aunque, necesariamente, por la índole de su inferioridad, dicha oposición haya de ser, en muchas ocasiones, apenas un débil esbozo opositivo. Si no existe este patético remedo de resistencia, la conducta podrá catalogarse como *abuso sexual no consentido*, descendiendo a un nivel de gravedad bruscamente inferior.

Aparte la futilidad de hacer depender el encaje típico de un factor tan inconsistente e indefinitorio, como es éste del amago de resistencia, el mantenimiento de dicho requisito resulta abiertamente discriminatorio —como ya lo era en la regulación anterior— para las víctimas integralmente inválidas (prototípicamente, valga el ejemplo de la mujer hemipléjica): contra ellas nunca sería posible perpetrar *agresión sexual*, sino únicamente *abuso no consentido*. Todo parece indicar que no es ésta la intención del legislador cuando configura la presente circunstancia, ya que, por ejemplo, resultaría contraproducente proteger reforzadamente a la víctima enferma cuya vulnerabilidad no sea máxima, dejando fuera de cobertura aquí a la víctima enferma absolutamente vulnerable.

Ello va conduciendo, desde luego progresivamente, a una distinta valoración de la violencia sexual, en el sentido de concebirla como un forzamiento de voluntad contraria. Si, como se observa en la configuración de los tipos, el legislador de 1995 no se ha atrevido genéricamente a consagrar esta nueva valoración —más bien parecería lo contrario—, sin embargo, parece claro que en el plano de la vulnerabilidad victimal, dicha concepción no convencional ha terminado asentándose.

El Tribunal Supremo no ha definido su postura al respecto: en efecto, el problema del grado de violencia-resistencia en los supuestos de víctima especialmente vulnerable no precisaba elaboración doctrinal en tanto integrara los supuestos calificados de *violación presunta* en el Acp., (*minoría de doce años, privación de sentido, abuso de trastorno mental*). Así, por ejemplo, la protección de la víctima menor de doce años era especialmente rigurosa e incondicionada a la eventual resistencia que la misma pudiera o no estar capacitada para esbozar. Ante la necesidad de tomar postura, el Tribunal Supremo empieza a declarar que, en todo caso, en supuestos de víctimas vulnerables por edad, la resistencia puede faltar sin que ello obste a la calificación de la conducta como *agresión sexual* (STS. 9 de febrero de 1998) o llega a estimar la existencia de violencia como suficientemente plasmada no ya sólo en lesiones materiales de resistencia, sino en datos como los simples gritos de dolor de la víctima (STS. 9 de febrero de 1998).

Prevalimiento por razón de superioridad o parentesco

Una vez más el legislador vuelve a sorprendernos con un quiebro desconcertante, rebelándose ante la sistemática que él mismo ha establecido cuando separa violencia e intimidación de lo que es mera ausencia de consentimiento. En efecto, es de notar que el *prevalimiento* no es un medio violento o intimidatorio en términos convencionales, ya que en orden al mismo se obtiene un consentimiento al fin, por más que inválido. En efecto, no existe forzamiento de voluntad, sino vicio de voluntad (SSTS 10 de abril de 1994, 18 de abril de 1995 y 31 de marzo de 1997), por lo que, en general, suele estimarse un menor desvalor en este tipo de conductas. El modo de encuadrar el *prevalimiento* en el ámbito punitivo del forzamiento sexual agresivo constituye un auténtico enigma.

Las *circunstancias 1ª y 5ª* -que estudiaremos- atienden a un mayor desvalor del resultado, respectivamente, efectivo o potencial. En el resto del repertorio -*circunstancias 2ª y 3ª*- se atiende a un mayor desvalor de la acción, por la explotación instrumental criminal del desamparo de la víctima, por inferioridad subjetiva (edad, enfermedad) o contextual (situación, soledad ante un grupo). La presente circunstancia posee una naturaleza mixta, ya que la cualificación puede fundamentarse tanto en la mayor reprochabilidad de los medios de acción (que abusan de una *vulnerabilidad relacional* de la víctima), pero al mismo tiempo no puede negarse que en numerosos supuestos se determina un incuestionable incremento de desvalor de resultado.

Así, resulta psíquicamente más perturbador y disfuncional que un padre, figura básica en la conformación de la personalidad del menor, entable trato sexual con éste. Evidentemente, la victimización sexual en tales casos deja un rastro más indeleble y, por los ambiguos sentimientos de culpa que genera, más difícil de superar.

Ahora bien, el círculo de posibles autores de la presente conducta va más allá de la mera consanguinidad, separándose de la figura de estuproincesto. Se trata de ascendientes, descendientes, hermanos naturales o adoptivos o afines de la víctima: todos ellos en situación de poder explotar las bajas defensas de la víctima relacionalmente subyugada. Además,

con la inclusión, por el reformador de 1999, de la relación de superioridad como base del prevalimiento, se abarca asimismo otras posibles vinculaciones no parentales que operen un especial ascendiente sobre la víctima, susceptibles de crear la presente situación de vulnerabilidad.

Uso de armas o medios igualmente peligrosos

Circunstancia que hace referencia a la especial brutalidad de los medios comisivos, por lo que tienen de extremadamente peligrosos, anticipando la protección penal a un momento anterior a la producción del daño. La circunstancia reenvía a los arts. 149 y 150 Cp. para definir las lesiones que el medio peligroso ha de ser capaz de generar. El peligro potencial será, así, de muerte o de producción de pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o no principal, de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica.

Si la *circunstancia 1ª* hace referencia al trato especialmente denigrante, aquí, empleando la técnica de la protección anticipada, se tutela a la víctima respecto de las conductas brutales y especialmente dañinas. Sin embargo, el legislador no ha constreñido esta circunstancia al momento de la compulsión, es decir, a la violencia o intimidación, como sí exige desafortunadamente en la circunstancia 1ª. Puede tratarse así de un medio apto para causar los resultados descritos empleado en cualquiera de las fases de la dinámica ejecutiva: es decir, tanto en la coerción al acto sexual como en la propia comisión.

Además de las armas, se alude, en la versión de 1999, a *medios igualmente peligrosos*, en valoración objetiva. Como hemos indicado, es la intensidad brutal del medio lo que atiende el legislador en esta circunstancia, no el riesgo en que se ponga a la víctima.

De ahí que todo lo que no tenga carácter de medio o idoneidad objetiva para arriesgar la vida o salud *de las personas* no se incluye en la circunstancia. Así, cuando el autor consciente de padecer SIDA arriesga la salud de la víctima al perpetrar el atentado sexual, la hipótesis no queda aquí a cubierto, ya que no se admitirá que las vías sexuales del agente

sean *medios peligrosos*. Sabemos que si la transmisión se produce efectivamente, la *agresión sexual* concurrirá con la *lesión* a la salud. La mera puesta en riesgo de la víctima, sin lesión ulterior, podría integrar, ya que no la *circunstancia 5ª*, una tentativa de *lesión* perpetrada con *dolo eventual*, por cuanto el autor, a sabiendas de su potencial transmisivo, actúa con sumo desprecio e indiferencia ante un probable resultado lesivo para la salud de la víctima; la tentativa de lesión concurriría, así, con el correspondiente delito sexual.

Tampoco se incluirán los instrumentos que no sean genéricamente peligrosos, aunque sí lo hayan sido en concreto para la víctima, por la forma específica de utilización. Se maneja, así, un baremo abstrato y apriorístico (vida o salud *de las personas*)

Ahora bien, esto aceptado, procede ir en contra de las interpretaciones doctrinales que entienden que no es posible el concurso entre este tipo agravado (180 5ª Cp.) y el delito correspondiente cuando el riesgo se haya materializado (*homicidio o lesiones* de los arts. 149 y 150 Cp.). Se afirma, así, que el concurso al que alude el legislador (180.5ª *in fine* Cp.) sólo se establecerá entre el tipo básico o cualificado (sin aplicación de la agravante específica) y el homicidio o lesión correspondiente, en obediencia al principio de *non bis in idem*, ya que el riesgo para la vida o salud quedaría absorbido por el delito de homicidio o lesión materializado. Pero como antes se ha apuntado, la circunstancia 5ª no mira, verdaderamente, al riesgo, sino reprocha la *intensidad lesiva y brutal del instrumento empleado*, por lo que, es perfectamente concebible el concurso entre el tipo agravado de agresión sexual y el otro delito concretado.

Hiperagravación

Art. 180.2. "Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior".

Esta hiperagravación no sufre retoques en la nueva versión de 1999.

2.1.2 ABUSOS SEXUALES

El Capítulo II del presente Título VII regula los atentados contra la libertad sexual definidos, en un doble sentido negativo, por la no concurrencia de los medios comisivos de la agresión sexual (violencia o intimidación) y por la ausencia de consentimiento.

La nueva interpretación del elemento de violencia en el plano sexual (equivalente a imposición sobre una voluntad contraria) exigiría que inferior escalón de gravedad quedara reducido a las hipótesis en las que concurra un efectivo consentimiento, aunque viciado en su conformación. Sin embargo, la opción que -no siempre con coherencia- elige el legislador conduce a integrar como *abuso no consentido* las hipótesis tanto de coerción sexual sin resistencia como los casos de consentimiento inválido (que, por otra parte no son en sentido propio supuestos de ausencia de consentimiento). El eje vertebrador será la ausencia de consentimiento, por encima del criterio del mayor desvalor de la conducta contra individuos indefensos, que posibilitaba, en la anterior regulación, que se castigara máximamente y en todo caso atentados contra víctimas situaciones de vulnerabilidad como la minoría de doce años o enajenación de la que se abusara.

A pesar de la inconsistente frontera que se establece entre *agresión y abuso sexual*, y de la prácticamente equiparable gravedad que concurre en algunas de las hipótesis de uno y otro delito, el reproche jurídico desciende en intensidad, con una acentuada rebaja de las penas del *abuso sexual* (tan desproporcionada que, antes de la reforma de 1999, en muchos casos, se zanjaba con multa). Además de ello, en los *abusos sexuales* se determina un menor número de circunstancias agravantes y una menor gravedad en los efectos de las mismas. Lo cierto es que el *abuso sexual*, que habría de tener su ámbito propio en conductas en las que no existe contraste de voluntad, característicamente, conductas abusivas, de prevalimiento, donde se obtiene un efectivo consentimiento, aunque viciado, sin embargo, abarca también, por voluntad legislativa situaciones donde se produce un auténtico contraste de voluntades, una genuina coerción sexual acreedora a un más riguroso tratamiento punitivo.

Tipo básico de abuso sexual: abuso sexual no consentido y de prevalimiento (art 181 Cp.)

Art. 181. "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 hallaren privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose 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 3ª o la 4ª de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999, de 30 de abril):

Art. 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:

1º. Sobre menores de doce años.

2ª 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.

3ª Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose 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".

A. Abuso sexual no consentido.

El art. 181.1 Cp. describe, como vemos, la conducta básica de *abuso sexual no consentido* y sin concurrencia de violencia o intimidación. Se trata de un tipo inespecífico y de carácter residual, que recoge todo lo que no pueda conducirse a agresión sexual o a los abusos de mayor gravedad.

Negativamente, se limita por la necesidad de que la conducta sexual, coercitiva (pues hay voluntad contraria, no prevalimiento, que corresponde al 181.3 Cp.) no coincida con las descritas en el tipo cualificado del art. 182 Cp.: en definitiva, se trata de conductas de menor gravedad lesiva en el plano de la coerción sexual, en donde la víctima no sufre violencia ni intimidación. Es ya lugar común en la doctrina el dudar de la efectividad de un tipo, como el de referencia, que ha de flanquearse con tal cúmulo de precisiones negativas. Incluso se duda de que existan hipótesis objetivas enmarcables en un ámbito tan constreñido.

Pese a tal reticencia, existen no pocas situaciones de vulnerabilidad, más allá de las invocadas en el *número 2* en las que la víctima no se defiende pese a su voluntad contraria.

Comúnmente, se citan, así, como supuesto incardinable en el presente tipo básico, las acciones de quien atenta con acciones lúbricas en las que el factor sorpresa substituye a la violencia o intimidación. Asombra, desde luego, el hecho de que la acechanza traicionera, que precisamente asegura la ejecución e inhabilita la posible defensa de la víctima, sirva, en el plano de la compulsión sexual, a la menor desvaloración penal de la conducta, mientras que en cualquier otro ámbito punitivo, procedería la agravación por *alevosía*.

Como quedó comentado, existen determinadas situaciones en las que la víctima puede elegir no defenderse, en razón de concretas circunstancias situacionales (percibe su vulnerabilidad, quiere apaciguar al victimario, quiere asegurar su supervivencia o evitar despliegues de violencia, hay hijos presentes etc.) o subjetivas (*estado depresivo de indefensión*). Aunque muchas de ellas podrían incardinarse en la agresión sexual intimidatoria, la exigencia para dicha modalidad de formulación de amenaza explícita hace que todas estas situaciones vengan al *abuso sexual*.

Además de ello, técnicamente, el supuesto de víctima absolutamente disminuida física, del todo incapaz de resistir, vendría a este tipo penal. Al menos, tras la reforma de 1999 cabrá agravar la conducta en atención a la vulnerabilidad de la víctima (art. 181.4 Cp.), ya que como veremos, en la situación previa, las agravaciones específicas no alcanzaban a las acciones del tipo básico.

En el art. 181.2 Cp. se establece una *presunción legal de ausencia de consentimiento* para el supuesto de minoría de trece años (antes de la reforma, el límite era de doce), víctimas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse, sin que estas circunstancias en sí sirvan para incrementar por sí mismas la penalidad, lo que sí ocurría en la redacción previa a la reforma de 1999.

Este cambio supone un incremento en la protección debida a tales víctimas, marcadamente vulnerables, en virtud de su edad, trastorno mental o situación, que, sin embargo, resultaban bastante más protegidas en la incriminación anterior, en la que las conductas sexuales contra las mismas se hacían acreedoras a reproches máximos (*como violaciones presuntas*, art. 429 2º y 3º ACp.). Ahora, como sabemos, hay que estar a la existencia de una prueba de la violencia-resistencia o intimidación para poder encuadrar la conducta en las *agresiones sexuales*. En cuanto a la *privación de sentido*, no se exige una intensidad máxima en la obnubilación, ni tampoco es preciso que el sujeto activo haya creado dicho estado, bastando con que lo explote con miras sexuales.

En cuanto a la penalidad, en la reforma de 1999, las penas ascienden notablemente respecto de la previsión del legislador de 1995. En efecto, la anterior multa de doce a veinticuatro meses prevista para el tipo básico del art. 181.1 Cp., se convierte ahora en pena alternativa de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Por fin, otra de las modificaciones de 1999 que con acierto opera sobre esta modalidad es la previsión del nuevo art. 181.4 Cp.: se establece la posibilidad de apreciar agravantes en las conductas básicas de *abuso sexual*. Se podrán aplicar, así, las circunstancias 3ª o 4ª del art. 180.1 Cp. Como se observa, también es novedad que, para mejorar la sistemá-

tica, estas agravaciones se configuran por remisión a las que operan en el plano de las *agresiones sexuales*. Ahora bien, el efecto de esta concurrencia es el de imposición de penas en su mitad superior, es decir, surte los efectos de una agravante genérica, a diferencia de lo que resulta de la concurrencia de las circunstancias del art. 180.1 en el ámbito de las agresiones sexuales.

B. Abuso sexual de prevalimiento.

En su inciso 3º el actual precepto incrimina el *abuso sexual de prevalimiento*, parcialmente heredado del antiguo *estupro de prevalimiento* (434 ACp.). Se trata de supuestos en que se obtuvo en efecto un consentimiento, que sin embargo carece de validez por vicio de voluntad. En la regulación de 1995, el antiguo tope de los 18 años que afectaba a esta modalidad resulta por fortuna eliminado. Cualquier ámbito, docente, laboral, religioso, doméstico, puede configurar la situación de descompensación de fuerzas típica. La amistad interfamiliar, la diferencia de edad, el temor reverencial, la dependencia emocional son factores que integran así el ascendiente del ofensor sobre la víctima, no bastando, claramente, su mera concurrencia con la acción sexual, sino que será necesario la explotación abusiva del mismo (SSTS. 8 de febrero de 1992 y 8 de marzo de 1993).

Otra de las novedades de la reforma de 1999 es que el abuso sexual de prevalimiento, aunque siga conservando un espacio particular y diferenciado, se equipara en gravedad al abuso sexual básico, dejando de ser una conducta privilegiada.

Modificación más que precisa, pues el antiguo privilegio del abuso de *prevalimiento* causaba notables disfunciones: primero, falta de sistemática, pues si el *prevalimiento* alcanzaba un beneficio punitivo al autor de acciones básicas, el desorientado legislador de 1995 había decidido que este mismo prevalimiento, limitado a la hipótesis de parentesco, suponía la agravación (art. 182. 1º Cp.) de los abusos cualificados.

Por último, también a esta modalidad pueden aplicarse las agravantes comprendidas en el art. 181.4.Cp, lo que corona la equiparación con el *abuso no consentido*.

Tipo cualificado de abuso sexual: abuso sexual no consentido y de prevalimiento (art. 182 Cp.)

Art. 182. 1. "En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, 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 concorra la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el art. 180.1 de este Código".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999, de 30 de abril):

Art. 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 los casos siguientes:

1. Cuando el delito se cometa, prevaleándose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción de la víctima.

2. Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad enfermedad o situación".

El presente artículo regula tipos cualificados de abuso sexual, que, en simetría con lo establecido para las *agresiones*, en su más reciente redacción, atienden las hipótesis de acceso carnal por las tres vías típicas e introducción de objetos por vía vaginal o anal. A tenor de la redacción de 1999, la cualificación afecta ahora en los mismos términos y con los mismos efectos tanto al *abuso sexual no consentido* como al *abuso sexual de prevalimiento*. Para la interpretación de las acciones comprendidas por este tipo cualificado hay que remitirse a lo comentado en relación con la *violación* del art. 179 Cp.

A continuación se establecen unas agravaciones específicas. Aquí se agota cualquier paralelismo con la regulación de las *agresiones sexuales*. El repertorio, en efecto, es ahora notablemente más restringido. En comparación con las agravaciones del art. 180.1 Cp., sólo los números 3º (especial vulnerabilidad de la víctima) y 4º (prevalimiento por razón de superioridad o parentesco) son aplicables al ámbito del *abuso sexual*. Al acudir a la remisión al art. 180.1, 3ª y 4ª Cp., se suprime el olvido del legislador de 1995 quién, al redactar la circunstancia de prevalimiento por parentesco aplicable al tipo cualificado de *abuso sexual* no integraba inexplicablemente- el parentesco por afinidad.

Como hemos apuntado, en virtud de la reforma de 1999, estas circunstancias 3ª y 4ª del art. 180 Cp. ahora se podrán aplicar al *abuso sexual* básico como al cualificado que al presente estudiamos, tanto como al *abuso sexual* por engaño, sólo en su modalidad cualificada (art. 183.2 Cp.). Eso sí, la aplicación de estas circunstancias no supone (como ocurre en el ámbito de las *agresiones sexuales*) un cambio cualitativo de marco punitivo, sino un simple efecto de agravación genérica (las penas se impondrán en su mitad superior). De la concurrencia de las dos circunstancias agravatorias citadas no se deriva, por otra parte, ningún efecto particular que contemple el plus de antijuricidad de la conducta.

Los supuestos de *error* alegable plantean especiales problemas de antijuricidad, especialmente en los casos de *abusos sexuales* efectivamente faltos de consentimiento, siquiera sea inválido, en los que se produce enfrentamiento de voluntades. Es difícil que, en un contexto de despliegue violento o coactivo, como es el propio de la agresión sexual, pueda el agente justificar fácilmente que le cupo alguna duda acerca de la voluntad contraria de la víctima. Sin embargo, en el plano de los *abusos sexuales* sí puede plantearse la alegación de error acerca del consentimiento de la víctima: la estimación de dicho *error* supondrá la plena impunidad de la conducta; ello, aunque el error fuera perfectamente vencible, aunque fuera, en definitiva, perfectamente inexcusable. En efecto, en el ámbito de los delitos sexuales no se recoge la forma comisiva *imprudente*, con lo que, la conducta de quien yerra sobre la actitud consensual de la víctima queda fuera de toda punición, en cuanto *error de tipo* (art. 14.1 Cp.).

En la práctica, y desde instancias normativas ello viene a consagrar la tolerancia de unos concretos modos sociales de actuación en el plano sexual; así, el autoritarismo, el desprecio a la dignidad personal en el ejercicio de la sexualidad: no se trata de exigir una forma automática de verificación del consentimiento, lo que sería irrisorio, pero sí habría de arbitrase una diligencia exigible a la hora de entablar una relación sexual para que no quedara exento de todo reproche jurídico aquel que desprecia, ignora o no se toma la más mínima molestia de comprobar la efectiva voluntad de la persona con la que se va a relacionar.

Si los *abusos sexuales* cometidos imprudentemente quedan fuera de todo reproche jurídico, cabe al menos plantearse la posible admisión de *dolo eventual* en los supuestos de ausencia de consentimiento (incompatible con las *agresiones sexuales* y *abusos sexuales* cometidos con *prevalimiento* o *engaño*, por la naturaleza directamente intencional de tales actuaciones). Sería el caso de quien conoce la probabilidad de actuar contra la voluntad del sujeto pasivo, aceptando en todo caso el resultado lesivo con genuina indiferencia ante su más que posible concreción.

Clásicamente, las hipótesis estuproas, sostenidas en el tiempo, han sido interpretadas en clave de continuidad delictiva, cuando concierne a los mismos sujetos, valorando las conductas reiteradas como desarrollo de una misma planificación preconcebida, aglutinadas en un mismo dolo (SSTS. 21 de enero de 1994 y 11 de octubre de 1996). Este tratamiento alcanza al autor un tratamiento privilegiado no siempre justo, o coherente con la dinámica material de la comisión, que a veces se substancia con auténticas renovaciones y no meras prolongaciones del dolo criminal (el agente se propone o promete reiteradamente no reincidir, variación de los medios abusivos, próximos a veces a la intimidación, y en otros al halago, etc.). Es preciso pues analizar hasta qué punto puede impedirse esa síntesis a la gruesa que supone beneficiar situaciones de sufrimiento prolongado máximamente lesivas, marcando en cuanto sea posible la autonomía de los distintos atentados a la libertad sexual.

Abuso sexual por engaño (art. 184 Cp.)

Art 184. "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 3ª o la 4ª, de las previstas en el art. 180.1. de este Código".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art 184. "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 tres meses a seis años".

Se trata, en definitiva, de una modalidad de la llamada *estafa sexual*, manteniéndose para esta figura, privilegiada frente a las anteriores, el antiguo límite máximo de edad exigidos al sujeto pasivo en el antiguo delito de *estupro fraudulento* y *agresión sexual asociada* (arts. 435 y 436 ACp.). En cambio, el suelo mínimo sube, quedando fijado en trece años en virtud de la reforma de 1999.

Elemento propio de este delito será, así, la existencia de un ardid o fraude causalmente encaminado a entablar una relación sexual, sea de tipo básico o bien cualificado-ambos casos contemplados en el 1º y 2º inciso del artículo-, a la cual la víctima habrá accedido con voluntad viciada por error. Las agravaciones 3ª y 4ª son asimismo aplicables al abuso sexual por engaño, pero en este caso sólo a la modalidad cualificada (art. 183.2 Cp.).

Hay que recordar, no obstante, que cuando la víctima sea menor de

trece años, la conducta se calificará en todo caso de *abuso sexual no consentido*, operando la presunción legal de *ausencia de consentimiento* (art. 181.2 Cp.), pudiendo ser castigada tanto en su modalidad básica como cualificada con agravación en razón de vulnerabilidad (181.4 y 182.2 Cp.).

La hipótesis que nutren este tipo son característicamente, las promesas de matrimonio, eventualmente condicionadas (a las resultas de un embarazo, por ejemplo) que posteriormente se incumplen (STS. 1 de julio de 1992).

La penalidad como se observa queda notablemente incrementada por la nueva redacción de 1999 (prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, para el tipo básico, que, antes de la última reforma, se castigaba sólo con multa de doce a veinticuatro meses; prisión de dos a seis años para el tipo cualificado, al que se puede apreciar las agravaciones del art. 180.1. 3ª y 4ª Cp., en donde la redacción de 1995 prevenía sólo prisión de seis meses a tres años).

2.2 ACOSO SEXUAL

Dentro del Capítulo III del presente Título VIII el legislador tipificó novedosamente el *acoso sexual* como modalidad de atentado contra la *libertad sexual*. La reforma de 1999 ha introducido, por su parte, una nueva modalidad de acoso sin prevalimiento de superioridad, e igualmente completa la incriminación del acoso sexual con el establecimiento de una cláusula de agravación que atiende la vulnerabilidad de la víctima, aplicable a ambas modalidades de acoso.

2.2.1 TIPO BÁSICO DE ACOSO SEXUAL (ART. 184.1 CP.)

Art. 184. 1. "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil u humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses".

El principio de *intervención penal última* habrá de alumbrar la interpretación del presente tipo penal, tanto como de cualquier otro, de tal modo que resulta alarmista la preocupación, expresada por alguna doctrina, de que la apertura de esta redacción típica dé pie a una sobrecriminalización tan ilegítima como pusilánime.

Por descontado, el legislador no desea incriminar conductas bagatelarias -así, criminalizar el piropo, como se ha dicho, con no poca frivolidad- o socialmente toleradas en el ámbito de la interrelación personal. En esta modalidad se trata de dispensar una genuina protección ambiental, libre de elementos perturbadores e inhibidores del desarrollo de la personalidad. Clasificado y ubicado como conducta contraria a la libertad sexual, el presente delito de acoso sexual demarca un hábitat existencial especialmente protegible, típicamente en los ámbitos laboral y docente, como espacio idóneo para la libre proyección de la personalidad.

La conducta típica consiste en la mera sollicitación sexual, en cuanto búsqueda o requerimiento de índole inequívocamente lasciva, sin que se expliciten los medios típicos de realización. Se trata de un hostigamiento inespecífico que determina el enrarecimiento del clima convivencial adecuado en el ámbito formativo o laboral.

No se exige aquí vinculación jerárquica o ascendiente sobre la víctima en razón de superioridad, bastando con que los sujetos activos y pasivos interactúen en el ámbito de una relación laboral docente o de prestación de servicios. Se excluyen, desde luego, en coherencia con la demarcación de un ámbito de protección ambiental estable, las vinculaciones meramente esporádicas u ocasionales, exigiendo que la relación sea continuada o habitual. Se trata de una conducta que se realiza, generalmente, entre compañeros o iguales, en la que se explotan las situaciones de oportunidad y contigüidad y colaboración que propicia el ámbito de relación. Sin embargo, no es absolutamente excluible (aunque difícil) que esta conducta pueda llevarse a cabo mediando una relación de superioridad o jerárquica en la que la sollicitación no se acompañe de prevalimiento, no concretándose, pues, la modalidad más grave de acoso sexual (art.184.2 Cp.).

Se trata de un delito permanente, que crea un estado consumativo en tanto se sostiene el hostigamiento o cerco sexual de la víctima con la determinación de efectos típicamente exigida: la creación para la víctima de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Son tres, así, los niveles de afectación que el precepto comprende, exigiendo para cada uno de ellos las notas de objetividad y gravedad lesiva. Nada que objetar a este último requisito, pero, por el contrario, la nota de objetividad resulta difícilmente compatible con los efectos de intimidación y humillación, que son esencialmente internos y subjetivos (no así la hostilidad, que conecta con la existencia de enemistad ambiental de proyección externa).

La intimidación se liga al temor inhibitorio, a la opresión y sometimiento a restricciones en el desenvolvimiento laboral o docente (así, la evitación o abandono de determinadas tareas o situaciones de encuentro propias de la actividad que se desarrolla, la necesidad de hacerse acompañar en determinadas ocasiones o de solicitar traslados de lugar de trabajo, actividad o grupo formativo).

La hostilidad ambiental contra la víctima podrá determinar un enrarecimiento en la relación laboral o docente víctima-ofensor, lastrada por el rencor o enemistad, o bien puede tener una proyección general, de fomento o provocación de un ambiente general de antagonismo frente a la víctima en el que se impliquen otros compañeros. No se tratará, en cualquier caso, de la mera provocación de un sentimiento, ya que el tipo reclama una *situación objetiva*. El antagonismo se concretará así en actuaciones no colaborativas, actitudes insolidarias, faltas de respeto, altercados frecuentes, boicot sistemático a las decisiones de la víctima, etc.

Más esquivo a los controles de objetividad que establece el precepto es la tercera modalidad, provocación de una situación grave y objetiva de humillación para la víctima, cuya concurrencia, por otra parte, normalmente vendrá fundida entre los elementos intimidatorios y de exteriorización hostil antes mencionados.

2.2.2 TIPO CUALIFICADO DE ACOSO SEXUAL (ART. 184.2 CP.)

Art. 184 .2. “Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”.

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 184. “El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”.

El presente delito parte de un presupuesto marcado por la descompensación de poderes, (social, económico, profesional, etc.) entre la víctima y el ofensor. Se trata de conductas lesivas y atentatorias contra la dignidad y libertad sexual de la víctima que, por su peso específico y diferenciada lesividad, han merecido un espacio típico propio. Se regula un ámbito de actuación preparatoria en relación con la acción sexual a la que se aspira. Se trata de una protección penal anticipada a víctimas vulnerables en determinados ámbitos de relación, por su situación dependiente. La conducta se cualifica en orden a la existencia de superioridad o ascendente sobre la víctima en el sujeto activo.

Se exige solicitud de favores sexuales y, en la nueva redacción de 1999, la acción se bifurca alternativamente entre el ejercicio de prevalimiento por razón de superioridad laboral, docente o jerárquica y la conminación con amenaza de causar un mal relativo a la relación que vincula a los sujetos del delito. Son, como se ha indicado, dos diferentes modalidades de ejecución, que, en la versión precedente de 1995 estaban fundidas determinando una doble exigencia (prevalimiento junto con amenaza).

El prevalimiento determina el ejercicio abusivo de ascendiente sobre la víctima, sin que, obligadamente haya que proyectarse en una amenaza. La relación será, taxativamente, de carácter laboral, docente o jerárquica, substituyendo este último carácter la anterior referencia analógica. La otra modalidad ejecutiva sí conecta, en efecto, con el ámbito de la amenaza, que habrá de ser grave, seria y de entidad, habiendo de recaer el mal conminado, no constitutivo de delito, precisamente sobre las expectativas de la víctima, no sobre las de terceros.

En el supuesto de tercero que acosa en beneficio de otro, cabe discutir el tratamiento deparado a este beneficiario. Cuando el acoso a favor de otro responde a una propuesta e instigación de este último, la conducta puede valorarse como *inducción al acoso sexual*. Si no indujo al acoso, sino que únicamente conoce y tolera que la conducta acosadora se esté llevando a cabo en su favor, (por ejemplo, como forma de halago de un subalterno), sólo cabría estimar incumplido el *deber de impedir delitos*, delito sancionado en el art. 450.1 Cp.

Problemas de calificación plantea el *tercero acosador* a favor de otro, cuando, en efecto, el beneficiario del acoso llegue a perpetrar la conducta sexual a la que aspira, calificable, como sabemos, de *abuso sexual de prevalimiento*. Es preciso dilucidar si el tercero habrá de ser valorado como *cooperador necesario* en citado delito de *abuso sexual* del tercero, o si comete propiamente un delito de *acoso sexual*. La solución más acertada es esta última, ya que, planteado el concurso de normas, se impondrá la mayor especialidad del delito de *acoso*, que contempla más específicamente la conducta perpetrada: pedir favores sexuales para otro bajo la amenaza de menoscabar legítimas expectativas de la víctima.

Como se ha indicado, la perpetración final de la acción sexual viciosamente aceptada por la víctima no es resultado típico de este delito, por lo que, de concretarse, se habrá de estar al tipo de *abuso sexual de prevalimiento*, que, según se ha establecido, consume el desvalor propio del delito de *acoso*.

Lo cierto, en definitiva, es que la conducta de *acoso sexual* tiene una dimensión ambiental que la desmarca respecto de las conductas contra-

rias a la libertad sexual hasta ahora analizadas. De la misma manera que se ha llegado a estimar que el delito de maltrato doméstico no tiene en la salud o integridad su genuino objeto de protección, pudiendo concurrir con las lesiones, sería apropiada una solución concursal que estimara esta preservación del ambiente laboral o académico como fin del presente precepto, diferenciado respecto del perseguido en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual que eventualmente pudieran suscitarse.

Así sucederá, cuando menos, si lo que se produce no es el *abuso sexual* al que se aspira, sino el efectivo menoscabo de las *legítimas expectativas* de la víctima. Si son de índole laboral, se podrá estar a un eventual concurso real de delitos, entre el delito de *abuso sexual* y el *delito de discriminación laboral* (art. 314 Cp.), obviamente en este caso por razón de sexo, ubicado en el ámbito de la protección de los *derechos de los trabajadores* (Título XV), y castigado con prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

2.2.3 AGRAVACIÓN ESPECÍFICA (ART. 184.3 CP.)

Art. 184.3 “Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 1, y prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo”.

En el último número de este artículo, el reformador de 1999 incorpora una circunstancia de agravación que, en armonía con las que pueblan el presente Título VIII, atiende a la especial vulnerabilidad de la víctima. La comprobación de dichas circunstancias vulnerables alteran cualitativamente el marco punitivo aplicable tanto al tipo básico como al cualificado.

2.2.4 SOLICITACIÓN SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (ARTS. 443-445 CP.)

Art. 443. “Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años la autoridad o funcio-

nario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción o afin en los mismos grados tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior”.

Art. 444. “1. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare 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.

2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, por adopción o afin en los mismos grados, de persona que tuviese bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligado a esta de forma estable por análoga relación de afectividad”.

Art. 445. “Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos”.

Traemos al presente comentario los tipos penales de *solicitud sexual por funcionario*, por su conexión con la esfera de la libertad sexual objeto de protección en el Título VII. No son, sin embargo, conductas configuradas como *Delitos contra la libertad sexual*, sino que incorporan *Delitos contra la Administración Pública* (Título XIX), que se califican como *Abusos en el ejercicio de la función pública* (Cap. IX). El interés público a mantener el buen funcionamiento de la Administración Pública roba protagonismo axiológico a la libertad sexual, y, por ende, a la lesión de quien resulta acosada en cualificadas condiciones de vulnerabilidad. La penalidad, sin embargo, es más elevada que la del mero *acoso sexual* del art. 184 Cp.; además, en razón de su pluriofensividad, el art. 445 Cp. permite la solución concursal con los eventuales delitos contra la libertad (evidentemente, con la excepción del acoso, en cuyo caso procedería un concurso de leyes que desplazaría a éste por su menor especialidad).

El art. 443 Cp. contempla la solicitación sexual de funcionario público, respecto de persona que, para sí o para su círculo familiar o convivencial tenga pretensiones pendientes de resolución de aquel o acerca de las cuales deba elevar consulta a su superior, castigándose la misma con prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta de seis a doce años. No es preciso aquí proferir una amenaza, bastando el mero acto de requerimiento sexual realizado con prevalimiento. La conducta se castiga aún más gravemente en el art. 444 Cp., (prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta de seis a doce años) si se da en el ámbito de la Administración Penitenciaria o centro de protección o corrección de menores. La especial situación indefensa y de sujeción existencial de la víctima reclusa fundan esta mayor gravedad del castigo.

2.3 EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

El Capítulo V de este Título VIII comprende dos artículos consagrados a la defensa de los menores en orden a la recta conformación de su sexualidad, así como a la protección de los incapaces frente a eventuales contenidos sexualmente perturbadores: sólo de forma lateral está implicado, de este modo, el bien jurídico libertad sexual; además de ello, la victimización aquí determinada no guarda directa correspondencia, ni en su naturaleza ni en sus medios comisivos, con las propias de los delitos que integran el presente título: conductas violentas, agresivas, coactivas, abusivas o fraudulentas, que perfilan, en la mayoría de las ocasiones un victimario animado por un impulso eminentemente hostil y agresivo, similar al que puede apreciarse en cualquier delito de violencia.

2.3.1 EXHIBICIONISMO (ART. 175 CP.)

Art. 175. "El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 175. "El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición

obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con pena de multa de tres a diez meses”.

El contenido e implicaciones del presente delito de *exhibicionismo* queda en evidencia por su relación con el antiguo delito de *escándalo público*, art. 431 ACp., su más directo antecesor. En contra de las posturas doctrinales, favorables a una mayor restricción del tipo, el mismo aparentemente, queda ampliado, comprendiendo a los menores de edad e incapaces, lo que delimita un ámbito más extenso que el acotado en la regulación anterior (menores hasta dieciséis años o deficientes mentales). Sin embargo una interpretación sistemática determina, como veremos, una restricción del tipo tal que, a la postre, este sólo será aplicable, con propiedad, a menores de trece años e incapaces psíquicos no consensuales o con consentimiento viciado por abuso.

La primera de las conductas contempladas es la de manifestación exhibicionista del propio agente (*ejecutare actos de exhibición obscena*). El tipo parece concretarse incluso si la exhibición es consensual, pero ello sólo para el supuesto de minoría de trece años o persona de cuyo trastorno mental se abusa. En efecto, todos aquellos individuos cuyo consentimiento tiene relevancia penal excluyente, en el caso de acciones de mayor compromiso sexual, con más razón podrán descartar, por su válida aceptación, la tipicidad de acciones sexuales de contenido meramente visual. Es evidente que el adulto puede consentir con efectos excluyentes, así como el aquejado de incapacidad puramente física. Además, a tenor de la regulación del abuso sexual (arts. 181 a 183 Cp.), se acepta la aptitud excluyente del *consentimiento no viciado del mayor de trece años*, y del trastornado mental (es más, incluso el consentimiento viciado por engaño es relevante a partir de la frontera de los dieciséis años, a tenor del art. 183 Cp.).

En coherencia con dicho entorno incriminatorio, tampoco el exhibicionismo se concretará en el caso de válido consentimiento de mayor de trece años, incapacitado físico o trastornado mental, salvada la pureza de la aceptación de este último.

Por otra parte, recordaremos que, tal como alguna doctrina sostiene

acertadamente, la imposición agresiva de contenidos lúbricos visuales, sin contacto, es susceptible de integrar el tipo básico de *agresión sexual* (art. 178 Cp.), respetándose el deseo del legislador de atender preeminentemente a la especificidad del componente violento o intimidatorio, (cuya gravedad transforma cualitativamente la naturaleza del atentado contra la libertad sexual). A más de ello, en orden a la menor reprochabilidad de un atentado contra la libertad sexual meramente visual, el art. 185 Cp. consagra un doble privilegio en el caso de ausencia de consentimiento: la irrelevancia penal del *exhibicionismo* obsceno ante adultos y un tratamiento más benigno que el que depara el art. 181.2 Cp. cuando el sujeto sea menor o incapaz.

Así, el presente delito queda ceñido a conductas no violentas ni intimidatorias, destinadas a menores de trece años, consentidas o no, o a menores de entre trece y dieciséis años no consentidas; en el caso del incapaz trastornado mental, la conducta se perpetrará sin su consentimiento o bien abusivamente. El caso del incapaz de autogobierno físico, (de acuerdo con los términos del art. 25 Cp.), no exige una especial protección en el sentido de preservación de su equilibrio emocional respecto de acciones sexuales perturbadoras, por lo que resulta dudosa la aplicabilidad de este precepto a tales sujetos pasivos, por ausencia de lesión sustantiva a la indemnidad sexual e imperativos de mínima intervención.

Dicho entendimiento, por otra parte, cuadra óptimamente a la tradicional dinámica de las conductas de exhibición tanto como al común perfil del exhibicionista (STS. 10 de abril de 1975), que a diferencia del propio del agresor sexual, no guarda relación con los rasgos y peligrosidad del delincuente violento: no son, así, conductas en las que se aprecie componente hostil o agresivo, sino pura y significativamente lúbricas, generalmente debidas a particularidad o disfunción sexual del agente, que recauda gratificación sexual de la confusión y asombro del eventual espectador.

Se ha dicho en este sentido, que son conductas que no generan victimización directa, auténticos delitos sin víctimas, ya que la victimización eventualmente determinada es de tipo secundario: esto es, deriva colate-

ralmente de un exceso reactivo, de extremo disgusto o repugnancia, por parte del entorno del menor o incapaz, el cual termina interpretando su experiencia con sentimientos de culpa o vergüenza.

En el caso de que el agente *haga ejecutar* a otros los actos de exhibición obscena, nos encontramos con una acción dinámica o pluriofensiva, susceptible de fundar situaciones concursales. En primer lugar, el agente deberá responder de los actos de coerción sexual a los que somete al que se exhibe; de la descripción típica, *hacer ejecutar* es de entender que éste no consiente a dicha exhibición, por lo que se concretará un *abuso sexual no consentido* de tipo básico (art. 181 Cp.) o, mediando violencia o intimidación, una *agresión sexual* básica (art. 178 Cp.), en concurso ideal con el delito de exhibicionismo por cuenta de la implicación sexual del menor o incapaz que percibe los actos. Claramente tiene aquí cabida la posibilidad de autoría mediata.

Sin embargo, el término *hacer ejecutar* evoca una necesaria compulsión del autor al acto de exhibición, por lo que, si quien se exhibe lo hace por propia voluntad responderá como autor, derivándose para el primero una eventual responsabilidad en cuanto inductor, cooperador necesario o cómplice.

Por último, hay que apuntar que los actos de exhibición que integran el delito vienen típicamente cualificados por la alusión a su necesaria *obscenidad*, término, que, pese a su evidente ambigüedad, denota indistintamente un plus respecto de los actos de manifestación sexual simple (SSTS. 9 de marzo de 1989 y 28 de enero de 1991). No se trata de la vulgaridad o zafiedad de la conducta, valoraciones, en todo caso, altamente subjetivas, sino, más objetivamente, de su sentido sexual inadecuado. El sentido etimológico del término (*ob-scena*) es de por sí suficientemente explícito. Ha de tratarse de una conducta sexual impropia, no adecuada, por situación, lugar u ocasión, al contexto en que se manifiesta, de acuerdo con las valoraciones culturales acuñadas al respecto (STS. 4 de abril de 1990).

El tipo es eminentemente doloso: exige que el agente recabe y obtenga positivamente la atención visual del sujeto pasivo: se desea defender al

sujeto pasivo de un contenido ofensivo objetivo, no de un impulso o motivación procaz reprochable.

La reforma de 1999 sólo ha modificado la penalidad adscribible a esta conducta, que asciende notablemente.

2.3.2 PROVOCACIÓN SEXUAL (ART. 186 CP.)

Art. 186. "El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 186. "El que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con al pena de multa de tres a diez meses".

Delito éste doctrinalmente vapuleado por su hipotética índole moralizante, pusilánime y conservadora, en suma, como se afirma, un incidental cruce de caminos entre un feminismo tildado de "integrista" y el más sañudo y censor puritanismo. Se suscitan no pocas invocaciones a la vaguedad del concepto implicado, a la libertad de expresión y su legítimo ejercicio, ausencia de nocividad social de la conducta, ausencia de víctima e incluso ausencia de sentido lúdico de la vida.

Este alud de valoraciones no puede, sin embargo, soslayar la realidad de unos postulados objetivamente comprobados: la pornografía no es un inocuo pasatiempo de fantasía, sino un insano instrumento de represión, por cuanto ofrece una visión distorsionada y comercialmente manipulada de las relaciones intergenéricas. Para la mujer, más en concreto, el efecto subsecuente es un notable menoscabo de la visión social y propia imagen, por la irradiación a su realidad cotidiana de las valoraciones despectivas aportadas por la pornografía.

En efecto, la iconografía pornográfica más convencional y recurrente delimita un paradigma de mujer arquetípicamente cosificado, sometido

y ancillar. La reiterada ficción de violencias, compulsiones y humillación sexual de la mujer, rendida y maquinal esclava lúbrica, determina el papel discriminatorio y explotador que para la mujer tienen tales manifestaciones, dirigidas a un consumo eminentemente masculino.

La supuesta inconsistencia e inocuidad de la pornografía queda, por último, en entredicho ante la positiva comprobación criminológica de la determinante influencia, en delincuentes sexuales, de la exposición a guiones y mensajes implícitos en el material pornográfico al cual accedieron en su infancia y adolescencia.

Queda, por demás, sobradamente legitimada la restricción del acceso a tan sesgados modelos de interrelación sexual a aquellos que se hallan en proceso de conformación genérica de dichos modelos, o a quienes pueda resultar difícil neutralizar los efectos perturbadores de estas representaciones, con menoscabo de su indemnidad sexual.

Así, el art. 186 Cp. de referencia incrimina la *difusión, venta o exhibición* de material pornográfico a los sujetos pasivos menores o incapaces, realizada por cualquier modo directo, es decir, que de por resultado la puesta en contacto del sujeto pasivo con objeto de la acción. Se trata de un delito de mera actividad y de peligro concreto, no siendo preciso que se produzca un efectivo deterioro de la sexualidad en formación o la indemnidad sexual del incapaz -reiteramos aquí, por otra parte, la constrictión de la incapacidad aquí relevante a la estricta vertiente psicológica-.

Por imperativos de mínima *intervención punitiva*, el objeto del delito no puede ser interpretado extensivamente, abarcando formas de expresión más o menos zafias, meramente procaces o aptas para lastimar susceptibilidades. Ha de tratarse de un material cuya grave entidad perturbadora resida en contenidos concretos (vgr. representaciones vejatorias, violentas o discriminatorias), no en meras emociones o prejuicios estéticos. Negativamente, las representaciones se caracterizarán por no comportar valor artístico, científico o didáctico.

El concepto literal de pornografía parece excluir, por falta de materialidad, el contenido de las llamadas *líneas eróticas*, en efecto, quedan sólo

comprendidos los impactos visuales e icónicos.

El nuevo tipo exige que la conducta de difusión, venta o exhibición sea *directa*, lo que incluye indubitadamente la perpetración a través de revistas, soporte informático, películas, vídeos y representaciones gráficas o escénicas.

La alusión a este delito hecha en la rúbrica del capítulo IV. *provocación sexual*, parece situar al mismo en la órbita de un delito de tendencia, en el que el ánimo libidinoso o deseo de suscitar lascivia en la víctima han de impulsar la acción. Ello se contradice con la manera en la que luego el tipo se conforma, describiéndose acciones eminentemente comerciales -aunque no exclusivamente, en el caso de la difusión o exhibición-, en las que el ánimo de lucro informa prioritariamente la conducta. Sin embargo, la susceptibilidad de despertar lubricidad es una cualidad predicable y exigible al objeto del delito, el material pornográfico, y no, en puridad, una tendencia del autor.

La reforma de 1999 sólo ha afectado a la penalidad de este delito, operando un notable incremento punitivo.

2.4 DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA CORRUPCIÓN DE MENORES

PLANTEAMIENTO

El presente Título VII, en su Capítulo V se ocupa de los delitos relativos a la prostitución, intensamente transformados en su concepto y extensión por el legislador de 1995. Desde un punto de vista político-criminal, ante el fenómeno de la prostitución, nuestro sistema adopta una postura mixta, alternativa entre la que propugna una total inhibición punitiva, aneja a una tolerancia reglamentada, y la prohibicionista extrema que pena y estigmatiza a la prostituta. Si la primera implica fomento indirecto, en la segunda se comprueba el uso simbólico o políticamente correcto del Derecho penal, que establece una formalista cortina de humo entre la población bienpensante y una patética realidad tolerada en sustancia.

En tal sentido, la práctica en sí misma no resulta castigada, sino la intervención de terceros que puedan viciar la pureza del consentimiento de quien se prostituye. El paradigma abolicionista, formalmente adoptado en la reforma de 1963, hubo de convivir, sin embargo, en nuestro país con una etapa de criminalización “blanda” del ejercicio de la prostitución, por cuanto, si no se punía a la prostituta sí se la estigmatizaba como “peligrosa”, justificándose la aplicación de medidas de seguridad “reeducativas”, de carácter predelictual, de acuerdo con la filosofía de la recalcitrante Ley de Vagos y Maleantes, de 1933 (significativamente, en el mismo lote acreedor a la reeducación se incluía -por más que simbólicamente-, sin embargo, la figura del cliente habitual, frecuentador de prostíbulos).

Se ha dicho que la prostitución constituye el prototipo de delito sin víctima. Sin embargo, muy a la inversa, a pesar de las múltiples situaciones que propicia y determina la práctica, la figura de la prostituta, incluso la llamada de *alto standing*, determina un ejemplo singularísimo de víctima sin delito, víctima consensual o, incluso, víctima a su pesar. Podrá no ser conveniente perseguir la cosificación o supeditación de la dignidad personal a fines lucrativos cuando media válido consentimiento, pero, sin embargo, no cabe duda ninguna de que se genera victimización, con la efectiva lesión de la dignidad e integridad personal. De ahí que, por otra parte, de la abstención penal no puede deducirse la legitimidad del público aliento o promoción de tales conductas. Antes bien, la Constitución, que vincula a los poderes públicos a la defensa de los Derechos Fundamentales, compromete al Estado a una conducta activa -que se echa en falta, por demás-, de disuasión y ofrecimiento de vías alternativas a esta forma de vida. Por el contrario, cualquier mensaje público del que se dedujera fomento o apoyo genérico a las conductas de prostitución podría determinar la responsabilidad penal de la autoridad implicada, como autora, en su caso, de provocación a la discriminación del nuevo art. 510 Cp.

Un ya vetusto Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, que abolió las casas de tolerancia, constituye el único soporte de la antijuricidad de la práctica sexual por precio, al menos hasta el advenimiento de la Constitución:

Art. 1. "Velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social se declara tráfico ilícito la prostitución".

El Código penal reformado en 1963 dispuso la regulación de los delitos relativos a la prostitución en el Capítulo VI del Título IX, arts. 452 bis.a) y ss. El casuismo y las infiltraciones de la moral sexual, en la nomenclatura así como en el trasfondo, dominan la heterogénea normativa. En la misma, se recogía una variadísima gama de conductas de muy distinta repercusión. Con sujeto pasivo adulto, las conductas previstas iban desde la cooperación, protección y recluta de personas destinadas a la prostitución, la introducción en la prostitución con vicio de voluntad (por engaño coacción o abuso) o la retención coercitiva en la prostitución. Con sujeto pasivo menor de dieciocho años, se sancionaba conductas de tercería inductiva, celestinaje y favorecimiento para la introducción o sostenimiento del menor en la prostitución. El proxeneta, que se lucra de la explotación sexual, así como los individuos que prestan una infraestructura a la prostitución, con locales o edificios resultaban asimismo castigados, cerrando la incriminación con la conducta de quien, teniendo a un menor bajo patria potestad, no impide el mantenimiento del mismo en la prostitución.

El Código penal de 1995 realiza la criba sistemática de esta normativa, aligerándola de arcos moralistas; sin embargo pierde la oportunidad de adaptar la normativa a la pujante y dramática realidad de las grandes infraestructuras de explotación de la esclavitud sexual, o de las redes de elaboración, producción y distribución de pornografía infantil. En definitiva, si el Código penal de 1995 suprime el castigo del tradicional proxeneta minorista, la macroexplotación y comercialización a gran escala resulta beneficiada con idénticas dosis de impunidad. La reforma de 1999 termina de perfilar la protección debida al menor en este ámbito, aunque no con la perfección que podría haberse esperado si la tramitación no hubiera estado políticamente inficionada.

La reforma de 1999, que, con poca felicidad, reintroduce el nomen iuris *corrupción de menores o incapaces* realiza, sin embargo un loable esfuerzo de adaptación normativa al triste presupuesto de la explotación sexual de menores e incapaces, en los ámbitos de la prostitución, pornografía y exhibición.

2.4.1 INDUCCIÓN, PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN DE MENOR O INCAPAZ (ART. 187 CP.)

Art. 187. "1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en pena de prisión indicada, en su mitad superior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de dichas actividades".

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 187. "1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en pena de prisión prevista en su mitad superior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen las conductas anteriores prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público".

Se trata de una conducta con víctima determinada, esto es, el fomento de la prostitución de sujeto pasivo infungible e individualizado, que será menor o incapaz. Las conductas de fomento genérico, como ya hemos sugerido, podrían incardinarse dentro del art. 510 Cp., con sujeto pasivo colectivo e inespecífico, desde luego, comprobado su dolo y especial motivación.

La presente modalidad incorpora un tipo básico e su primer inciso y otro cualificado en el nº. 2, atendiendo en este caso al carácter público

de las funciones del sujeto activo, cuando éste las explota abusivamente para cometer el delito. Es preciso el prevalimiento, no la mera concurrencia de la condición pública predicable del autor.

Se trata, así, de un delito de mera actividad, que no exige que el sujeto pasivo se termine implicando efectivamente en las prácticas de prostitución. Es más, si tal resultado se determina, procederá específicamente la aplicación del art. 188.2 y 3 Cp.

Se valoran indiferenciadamente conductas de muy diferente implicación participativa (la *inducción*, en nuestro sistema se asimila ciertamente a la autoría, pero la *promoción, favorecimiento o facilitación* sólo comportan auxilio y complicidad), con idea de registrar exhaustivamente cualquier acción con incidencia en el tráfico de menores o incapaces con fines de prostitución. En la situación incriminatoria del antiguo Código penal, los términos casuísticos y asistemáticos con que se aludía al favorecimiento y auxilio a la prostitución resultan aquí superados por esta formulación abierta y omnicompreensiva.

La reforma de 1999 incorpora un acertado nº. 3 que contempla la agravación por razón de pertenencia a una trama de criminalidad organizada, incluso de carácter transitorio, cuyo ámbito de actividad abarque el comercio sexual.

2.4.2 DETERMINACIÓN A LA PROSTITUCIÓN Y FAVORECIMIENTO DEL TRAFICO INTERNACIONAL DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL (ART. 188 CP.)

Art. 188. "1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o

engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Se impondrán, además, las penas correspondientes en su mitad superior y, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.

4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

Texto previo a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril):

Art. 188. “1. El que determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

1. Incurrirán además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.

2. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado”.

La primera modalidad viene referida a adultos que se ven abocados a la prostitución como directa consecuencia de los medios comisivos que se especifican: violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Esta última referencia es incorporada en la reforma de 1999, habiendo de ser interpretada a la luz de las características que califican típicamente al concep-

to de vulnerabilidad en el presente Título VIII, esto es, por edad, enfermedad o situación. La vulnerabilidad por edad, sin embargo, no podrá abarcar el espacio cronológico de la minoría de edad, ya que entonces procedería la agravación del art. 188.4 Cp. En idéntico sentido, la vulnerabilidad por enfermedad no puede abrazar los supuestos de patología incapacitante, ya que en ese caso igualmente sería aplicable la modalidad cualificada del citado art. 188.4 Cp.

La violencia o intimidación, sin embargo, habrían de haber merecido tratamiento diferenciado, por su especial gravedad impositiva en orden a la determinación, en tanto las conductas de engaño y prevalimiento comportan un efectivo consentimiento, por más que esté viciado.

Los citados medios van dirigidos a determinar a persona mayor de edad al ejercicio de la prostitución, o a mantenerse en el mismo.

Toda vez que la jurisprudencia establece la necesidad de habitualidad, profesionalidad o estabilidad en la práctica prostituyente, la determinación compulsiva, fraudulenta o abusiva al ejercicio de la prostitución abarca a todas las ocasiones precisas para que se estime efectivamente prostituido el sujeto pasivo. Hasta que no se produzca esa efectiva profesionalización, el autor de compulsiones, fraude y abuso sólo puede ser castigado como autor de este delito en grado de tentativa, que concurriría con la participación que el determinante hubiera tenido en el delito sexual eventualmente concretado (posibilidad apuntada por el nuevo nº. 5 de éste precepto, incorporado por la reforma de 1999).

En el caso del mantenimiento en la prostitución por los medios típicos citados, el autor está forzando el ejercicio del comercio sexual, o bien determinando el mismo con consentimiento viciado de la persona prostituida. En principio, se trata de una determinación a actividades genéricas y el que obra tal sostenimiento es autor de este delito relativo a la prostitución; pero, al mismo tiempo, cuando los medios compulsivos o abuso se concretan sobre una actuación sexual específica, el autor del art. 188.1 Cp. podría ser partícipe igualmente, como autor o cooperador necesario, en delitos de *agresión o abuso sexual*, procediendo así un concurso de delitos. No otra cosa establece, precisamente, el ya mencionado art. 188.5 Cp.

La participación del mero *cliente* puede ser analizada desde una óptica diferente. En el caso de persona mantenida con violencia, intimidación o prevalimiento en el ejercicio de la prostitución, en el que existe oposición o consentimiento viciado de la víctima, el cliente que explota dolosamente la violencia o intimidación ejercida por un el tercero para facilitarle el acceso sexual puede ser considerado autor de *agresión sexual* (arts. 178 y 179 Cp.); en igual sentido, si accede sexualmente a una víctima prostituída que no consiente o lo hace subyugada, incurre en *abuso sexual no consentido o de prevalimiento* (art. 181 Cp.) e, incluso, si explota un ardid o engaño de aquel que la explota, para acceder al trato sexual, dándose los requisitos del art. 183 Cp., la conducta podría castigarse como *abuso sexual por engaño*; eventualmente, además, estas conductas podrían fundar una agravación atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima que se encuentra en esta situación (arts. 180.3ª, 181.4, 182.2 y 183.2 Cp.).

Para valorar así la conducta del *cliente*, ciertamente es preciso el conocimiento y la voluntad de acceder al trato sexual con persona que se opone o que accede con vicio de consentimiento. Rara vez se dará dolo directo: desde luego, la regla general no dibuja a un cliente medio conociendo y asumiendo los eventuales extremos de esclavitud y subyugación sexual de la prostituta con la que va entablar relación sexual. La conducta habitual es acceder al trato sexual con indiferencia, desprecio o ignorancia acerca de la situación coartada de la víctima, cosificada en su estimación. Por lo tanto, parece necesario afirmar la necesaria aceptación del dolo eventual en el campo de los *abusos sexuales no consentidos*. Es evidente que no hay una criminalización del cliente, como figura genérica, pero eso no significa, como nos aclara la ley que la esfera de la libertad sexual sea menos acreedora al amparo jurídico respecto de vulneraciones concretas.

En los casos en que el mantenimiento compulsivo, fraudulento o abusivo en la prostitución se acompañe de privación de libertad ambulatoria, el presente tipo concurrirá idealmente con la *detención ilegal* del art. 163 Cp.

La modificación operada por la reforma de 1999 crea un nuevo tipo, que viene a ocupar el n.º 2 del art. 188 Cp. El mismo contempla la figura del

favorecimiento de la movilidad internacional de personas destinadas a la prostitución. Con esta modalidad se quiere combatir la patética realidad de los movimientos de contingentes humanos reclutados para la prostitución, y que, característicamente, afectan a grupos de mujeres socioculturalmente marginadas, importados de países infradesarrollados.

Se trata, así de una conducta preparatoria de la efectiva explotación, que implica, por ello el adelantamiento de las barreras de protección penal. La acción, asimismo instrumentada por violencia, intimidación, engaño o abuso, comprende el favorecimiento directo o indirecto de entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas. Al hablarse de favorecimiento directo o indirecto se penaliza como autor a cualquier individuo causalmente involucrado en estas movilizaciones (sin apreciar por ello, grados de participación). No se requiere resultado alguno, ni de movilización efectiva ni de explotación posterior de los contingentes eventualmente movilizados. El delito se concreta por la sola actividad facilitadora.

La alusión al tráfico internacional de personas con fines de explotación sexual se realiza por la referencia a la entrada y estancia (actos relativos a la importación), y la salida (actos de exportación). La explotación sexual no es resultado sino finalidad de esta acción, en tanto elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, si los mismos autores de este delito realizaran, finalmente, la efectiva determinación a la prostitución de las personas movilizadas habría de plantearse un concurso de delitos, no de normas, por que son modalidades que contemplan un diferenciado desvalor. En el caso del favorecimiento, se trata de un delito de dimensión internacional y colectiva (se habla de personas, en plural, como sujetos pasivos).

En efecto, por la propia dinámica de este tipo de criminalidad, las operaciones conciernen a grupos humanos, y, coherentemente, el tipo exige que las migraciones afecten a una pluralidad inespecífica de víctimas. Si el favorecimiento sólo se efectúa sobre una única persona, podría integrar, en su caso, una tentativa.

La penalidad adscrita a esta conducta es idéntica a la fijada en la modalidad anterior.

El art. 188.3 Cp. contempla una punición especial aplicable tanto a las dos modalidades aquí incardinadas. Se cualifica la acción por razón de la confianza que fundamenta y defrauda el autor por su condición pública. Además de la inhabilitación absoluta de seis a doce años, que ya disponía el texto de 1995, ahora se impondrán las penas en su mitad superior.

La modificación del actual art. 188.4 Cp. sólo da una redacción más amplia, pero no cualitativamente más extensa, a la cualificación que atiende al especial círculo de indemnidad protegible que se tutela en referencia al menor o incapaz. Las penas se impondrán, en este caso, en su mitad superior.

El último número incorporado por la reforma de 1999 advierte de las posibles soluciones concursales con que se pueden resolver las relaciones entre los delitos de agresión y abuso sexual con los delitos aquí contemplados. El concurso de delitos recibe, de este modo, un directo impulso normativo en este ámbito.

2.4.3 UTILIZACIÓN DE MENOR O INCAPAZ CON FINES O EN ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS; COMERCIO CON PORNOGRAFÍA DE MENORES O INCApaces; IMPLICACIÓN DEL MENOR O INCAPAZ EN COMPORTAMIENTO SEXUAL PERJUDICIAL; OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR LA CONTINUACIÓN EN LA PROSTITUCIÓN DE MENOR O INCAPAZ (ART. 189 CP.)

Art. 189. "1. Será castigado con penas de prisión de uno a tres años:

a) El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces,

aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de esas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste será castigado con la pena de prisión de seis meses aun año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acude a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior”.

Texto anterior a la reforma (LO. 11/1999 de 30 de abril de 1999):

Art. 189. “1. El que utilizare a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. El que tuviese bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con noticia de la prostitución de este no hiciera nada para impedir su continuación en tal estado, o no acudiere a la autoridad para el mismo fin si careciere de medios para su custodia, incurrirá en la pena de multa de tres a diez meses

3. *El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela guarda o acogimiento familiar a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior*”.

El presente artículo, profundamente modificado por la reforma de 1999, incorpora una serie algo confusa y casuística de conductas típicas, cuyo nexo de unión reside en la común condición de menor o incapaz del sujeto pasivo. La reforma amplía la esfera delictiva relacionada con la utilización exhibicionista o pornográfica de menor o incapaz, incorpora el tipo de comercialización del material pornográfico que involucre a estos sujetos pasivos, y dispone una agravación especial en razón de la pertenencia a una estructura de criminalidad organizada. De otra parte, crea un tipo autónomo altamente impreciso y abierto, que parece operar como recogida última —y voraz— de aquellas conductas con alguna repercusión negativa en la personalidad sexual del menor o incapaz. El espectro típico demarcado por la redacción de este delito es tan amplio e indefinido como se desee. Por último, se incrementan las penas del delito de omisión de impedir la continuación en la prostitución de menor o incapaz.

En cuanto a la primera de las modalidades, el art.189.1.a) Cp. se contemplan conductas integradas por la aplicación finalista del sujeto pasivo menor o incapaz a utilidades exhibicionistas o pornográficas, genera una especial responsabilidad, en atención a la condición vulnerable de las víctimas. La nueva especificación acerca del carácter, público o privado, de los espectáculos, supone la aclaración de que no es preciso que el acceso a tales recreaciones sea abierto (obviamente, tiene que haber, cuando menos, un espectador para que pueda hablarse, en efecto, de espectáculo exhibicionista o pornográfico).

Evidentemente, la utilización del menor o incapaz se aboca a la representación de escenas de contenido sexual simulado o dramatizado. Sin embargo, cuando el *verismo* de la representación pornográfica implique al sujeto pasivo en el ejercicio de acciones de contenido sexual genuino, este delito podrá concursar idealmente con los delitos de *agresión sexual* o *abuso no consentido*, con distintas implicaciones según sea la edad del sujeto pasivo o medio comisivo empleado.

Es igualmente novedosa la incriminación del uso de menores o incapaces en la elaboración de pornografía -no constitutiva de espectáculo-, así como la penalización del mero apoyo financiero a ambas actividades.

En el art. 189.1.b) Cp. se comprenden actos de comercio relacionados con material pornográfico ya elaborado (lo que excluye, por comprenderse en la letra a) tanto a la directa elaboración como al apoyo financiero de la elaboración); los actos típicos son, así, la producción, venta, distribución o exhibición de material pornográfico en que intervienen menores o incapaces; El material pornográfico tiene que involucrar a un menor o incapaz en su contenido gráfico. El último inciso de este párrafo advierte que tanto el producto de elaboración nacional como el de origen extranjero o indeterminado integran el objeto de la acción.

Por último, se incorpora una modalidad privilegiada en relación con esta última modalidad, castigando en su mitad inferior la mera tenencia con fines comerciales del material pornográfico objeto del delito.

En la defenestrada versión del Senado se había incorporado un interesante cuanto polémico número 1 bis, que completaba el art. 189.1.a) y b), y que obraba novedosamente la *sanción al cliente*, saliendo al paso de la tradicional impunidad del consumidor final, cuya demanda determina, en definitiva, el impulso y sostenimiento de estas execrables transacciones. Así, de forma privilegiada respecto a las actuaciones antes descritas, el art. 189.1.1 bis) en el texto salido del Senado, castigaba al mero asistente a espectáculos o mero tenedor de pornografía con implicación de menores o incapaces. Esta controvertida adición fue rechazada por pusilánime y estimada vulneradora de ámbitos de privacidad, sustraíbles al control penal, al parecer incluso por encima de la protección de la dignidad e incolumidad sexual del menor.

Así, la mera tenencia de este material pornográfico no entra dentro de los límites de tipicidad del presente delito.

En el nuevo n.º. 2 del artículo, referido a las modalidades antes citadas relativas a los espectáculos y pornografía de menores e incapaces se impone la pena en su mitad superior en atención a la existencia de un

trasfondo de criminalidad organizada, característicamente, la relativa a las redes internacionales de pornografía infantil. La cualificación exige pues la pertenencia del autor a organización o asociación, aun transitoria, dedicada a las actividades mencionadas.

El art. 189.3 Cp. resulta un tipo penal altamente perturbador por su imprecisión y fácil acomodo a interpretaciones de moral privada. Se castiga a quien involucre a un menor o incapaz en un comportamiento sexual con resultado perjudicial a su evolución o desarrollo de la personalidad. Conducta tan abierta e inespecífica (ya que no viene vinculada al ámbito del espectáculo o la pornografía) puede posibilitar un uso abusivo de los instrumentos penales (así, para sancionar métodos formativos, familiares o docentes, simplemente poco convencionales). En cualquier caso, el dolo habrá de abarcar no sólo la participación sino al carácter perjudicial anejo a la participación, con exclusión de conductas de intencionalidad no lesiva que, siendo en su caso cuestionables, no reclaman ser sancionadas penalmente, mucho menos con penas de prisión.

Por último el nº. 4 de este art. 189 Cp. incorpora, sin cambios sustantivos en la descripción de la conducta, el delito ya previsto por el legislador de 1995, de *omisión de impedir la continuación en la prostitución de menor o incapaz*, completándola con la alusión a la corrupción.

La omisión de impedir el mantenimiento en la prostitución o de solicitar un auxilio alternativo configura una conducta de omisión propia. La diferencia entre el art. 187.1 Cp. y el presente art.189.4 Cp. estriba en la distinta situación del sujeto pasivo en uno y otro delito: en aquel, se fomenta y facilita la prostitución de quien no se ha iniciado, en tanto en éste, el sujeto pasivo ya está incurso en las prácticas de prostitución. De ahí la imposibilidad de colisión normativa entre el art. 187.1 Cp., en comisión por omisión y el art. 189.4 Cp.: el progenitor o tutor puede incurrir en ambas modalidades, primero cuando la abstención intencionada de sus deberes tuitivos facilita el deslizamiento del menor en la prostitución (art. 187. 1 Cp. en comisión por omisión). Luego, a partir de la frontera marcada por el conocimiento de la efectiva prostitución (que, según el TS, requiere habitualidad) comenzará su responsabilidad

por la no evitación del sostenimiento (art. 189.4 Cp.).

En la versión reformada de 1999, se incrementa la penalidad de este delito, que, de multa de tres a diez meses, pasa a castigarse con multa de seis a doce meses.

Lógicamente, la grave inatención a las responsabilidades tuitivas de los autores conlleva la posible privación de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar del menor o incapaz (art. 189.5 Cp.).

2.4.4 REINCIDENCIA INTERNACIONAL (ART 190 Cp.);

EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA UNIVERSAL EN EL ÁMBITO DE
LA PROSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES
(ART. 23 LOPJ.)

Art. 190. "La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles, a efectos de aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia".

Artículo éste que concreta la posibilidad de apreciar reincidencia internacional en los delitos relativos a la *prostitución y corrupción de menores*.

Para los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces, la reforma de 1999 modifica igualmente a la LOPJ, afectando a la nueva redacción de los arts. 23.2 a) y 23.4.e): Con estos retoques se modifican las reglas de competencia extraterritorial para acomodarlas a un máximo alcance del Principio Universal, así como se permite dispensar las exigencias del principio de doble incriminación cuando así lo posibilite normativa internacional que España haya suscrito en relación con dichos ámbitos delictivos.

2.5 DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

En el Capítulo VI se regulan disposiciones comunes, aplicables a todos o algunos de los delitos del Título VIII.

Art. 191. "1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuara ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase".

Así, se establecen las condiciones de perseguibilidad de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, delitos de naturaleza semi-pública.

En las *agresiones, acoso o abuso sexual*, la víctima tiene la llave del proceso, ya que, en principio, sólo son perseguibles a instancia de parte (persona agraviada o su representante), salvo que se trate de víctima menor de edad, incapaz o desvalido, en cuyo caso bastará con denuncia del Ministerio Fiscal. Se respetan así los eventuales deseos de la víctima de preservar su intimidad o no verse sometida a una *victimización secundaria*, o trauma derivado de su experiencia en el proceso.

Sin embargo, el control privado del delito se ve especialmente matizado cuando se habilita al Ministerio Fiscal para perseguir el delito a partir de querrela, tras una ponderación de intereses que, efectivamente, incluirá la situación y aspiraciones de la víctima, pero también el interés público, por ejemplo, la peligrosidad del infractor, (con la posibilidad de que se puedan estimar estos últimos más relevantes, en supuesto dado). De otra parte, el perdón de la víctima queda desprovisto de efectos extintivos en el caso de estos delitos.

Art. 192. "1. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán castigados con la pena que les corresponda en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

2. *El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años”.*

Se trata de una cualificación aplicable preceptivamente a todos los delitos contra la libertad sexual cometidos o auxiliados por individuos con responsabilidades tuitivas, salvo que en el correspondiente tipo se haya contemplado una circunstancia con idéntico fundamento. La pena de inhabilitación es, en cambio, de carácter facultativo.

Art. 193. “En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil se harán en su caso los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos”.

En el supuesto de que, a consecuencia de la agresión o abuso sexual se produzca un embarazo, se da virtualidad al principio de economía procesal, decidiéndose a un tiempo la responsabilidad civil, y las cuestiones relativas a la filiación y alimentos.

Art. 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, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”.

2.6 OTRAS REFORMAS VICTIMOLÓGICAS CON RELEVANCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES

La tramitación de la *LO. 11/1999*, accidentada hasta lo pintoresco, ha deparado unos cambios legislativos adicionales que no son de aplicación exclusiva al ámbito de modificación que esta ley escoge como propio, el Título VII, Libro II del Código penal, y que sólo por azares de oportunidad vienen a esta normativa. Sin embargo, la última palabra, respecto de estas nuevas medidas, la tiene la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de*

malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, sólo un mes más tarde, se vuelve a ocupar de ellas, incorporándolas en unos términos objetivos en buena parte equiparables, pero diferenciados en su redacción y ámbito de aplicación. La más acabada protección de las mujeres victimizadas, el imprescindible rigor técnico del sistema penal, y, en suma, el buen hacer de las instituciones estatales parecen, quizá, objetivos suficientemente sólidos como para haber recabado mayores esfuerzos en la evitación de semejante desconcierto legislativo.

Por lo demás, las citadas inclusiones generales de ambos cuerpos normativos encuentran un campo operativo más que idóneo en el ámbito de la criminalidad sexual, si es que no, en algunos casos, su esfera de aplicación por excelencia.

Reformas victimológicas (versión Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio):

Art. 57. "Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente podrán acordar en sus sentencias, dentro del periodo de tiempo que los mismos señalen, que en ningún caso excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal.

b) La de que se comunique con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal.

c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito, o de acudir a aquel en el que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la

infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código”.

Al texto preexistente del art. 57 Cp. de 1995, viene a incorporarse, como novedad largamente ansiada, la pena accesoria de distanciamiento o incomunicación entre el ofensor y su víctima (en sentido lato, acogiendo asimismo a los allegados como víctimas indirectas). Con esta medida no se intenta resucitar la antigua pena de *destierro*, felizmente erradicada de nuestro panorama penal, objeción que recibe de alguna doctrina. Antes bien, se trata de una pena que, además de constituir una restricción personal, en tanto se impide ejercer un concreto ámbito de influencia al ofensor, tiene un nítido sentido constructivo en términos victimológicos: se reinstaura para la misma su sentido de la seguridad vital, gravemente perturbado por el victimario.

Además de configurarse como penas accesorias a los delitos del art. 57 Cp. (ubicándose, así, en los nuevos arts. 33, 39 y 48 Cp.), el distanciamiento e incomunicación entre víctima y ofensor, concebidos en términos idénticos a los del citado precepto, también pueden adoptarse como obligación o deber anejo a la suspensión de la ejecución de la pena (en la nueva alusión del art. 83.1 Cp.). Como medidas de seguridad, también se recogen ahora en el repertorio ampliado del nuevo art. 105 Cp. Por su parte, la *LO. 14/1999 de 9 de junio* opera una reforma procesal que en cuanto afecta a los nuevos arts. 13 y 544 bis LECr., permite que tales medidas de distanciamiento puedan ser impuestas como primera diligencia o medida cautelar establece. Asimismo, en la nueva redacción del art. 109 LECr., se dispone que para todos los delitos comprendidos en el ámbito del art. 57 Cp., el Juez asegurará a la víctima la comunicación de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

Art. 132. “1. En la tentativa de homicidio, y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen, y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuera menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad y, si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento”.

La adición incorporada al texto del art. 132.1 Cp., que regula el cómputo específico de la prescripción del delito en los supuestos particulares de continuidad y permanencia delictiva, contempla un nuevo supuesto de arranque específico de los plazos de prescripción establecidos en el art. 131 Cp.. Presupuesto de aplicación del nuevo cómputo es que se trate de menor de edad, víctima de cualquiera de los delitos especificados en el precepto. Para tales casos, y en primer término, el arranque de la prescripción del delito se dilata hasta el momento en que la víctima alcanza la mayoría de edad; de este modo, se evita la injusticia, largamente denunciada, de que los plazos para poder perseguir el delito hayan caducado en el momento en el que el menor goza de madurez así como de autonomía emocional para poder interpretar genuinamente su experiencia e instar el castigo de su victimario. Se trata de un supuesto de desamparo jurídico tristemente frecuente, hasta la fecha, en materia de abuso sexual a menores.

Como se observa, desde el momento en que se perpetra la conducta al menor, el inicio del cómputo queda en suspenso, para activarse con la mayoría de edad de la víctima; la única excepción a esto es que la misma fallezca antes de llegar a los dieciocho años, erigiéndose entonces el fallecimiento como *dies a quo* a efectos de prescripción.

Por último, las últimas y afortunadas reformas procesales en beneficio del menor, *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio* permiten la dispensa de la confrontación víctima-ofensor así como de los careos, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral arts. 448, 713, 544 bis) y 713 LECr. Las mismas serán abordadas, dentro del presente estudio, en el apartado que atañe a los aspectos de victimización secundaria relevantes desde la perspectiva de la mujer.

3. CONDUCTAS DELICTIVAS EN TORNO A LA VIDA PRENATAL Y LA LIBERTAD DE REPRODUCCIÓN

En el ámbito aquí demarcado se aborda el panorama incriminatorio que perfila la más reciente regulación de la tutela penal de la vida dependiente, con sus comprometidas singularidades y desiguales resultados, atendiendo al especialísimo papel que la mujer asume en el mismo. También se abordará en este ámbito la perspectiva planteada en torno a la vulneración de la libertad reproductiva de la mujer en tanto objeto de fecundación no consentida.

Son tres las áreas aquí concitadas; en cuanto a la vida humana prenatal, la protección del llamado *nasciturus* ampara las expectativas de vida del no nacido, desde el momento de su concepción, renovada por el legislador de 1995 la regulación de los delitos de *aborto*, (arts. 144 a 146 Cp.) con subsistencia del sistema de indicaciones vigente en la anterior regulación; también interesa en este ámbito la creación, novedosa en el Código penal de 1995, de los tipos de *lesiones al feto* (arts. 157 y 158 Cp.); por último, hay que mencionar asimismo la configuración de nuevos delitos referidos a las conductas de *manipulación genética* (arts. 159 a 162 Cp.), siendo, precisamente este último el artículo de más relevante interés desde la óptica específica de la mujer, por cuanto se incrimina en el mismo una conducta que compromete la libertad reproductiva de la misma, en su vertiente negativa.

3.1 ABORTO

PLANTEAMIENTO

Es consabido el rigor con que se fijaba el castigo de las conductas contra la vida embrionaria con precedencia a la reforma operada por la Ley de 5 de julio de 1985, que aportó la despenalización parcial y controlada del aborto. En aquellos momentos, sólo era posible el acogimiento a la exigente genérica de *estado de necesidad*, en los casos en que la colisión de intereses se radicalizaba hasta el punto en que la vida de la mujer embarazada estaba en juego. Toda conducta voluntaria contra el feto era punible, excepcionando sólo este severísimo diseño normativo el pater-

nalismo con que se contemplaba la singular hipótesis de aborto *honoris causa*: figura ésta que privilegiaba el aborto practicado para preservar la reputación de la mujer deshonrada -configurada la deshonra como elemento del tipo- fuera por ella o sus padres, como eventuales implicados.

El supuesto contemplaba a una mujer que actuaba sobrecogida ante el código cultural patriarcalista, el cual asignaba un muy concreto valor social y de mercado a la estima sexual: en definitiva, la perpetración delictiva, en su reverso, implicaba temor y respeto ante dicha escala de valores, siendo precisamente dicho respeto lo que a la postre venía a enternecer al legislador penal y a templar la severidad punitiva.

En el contexto social del momento, haciendo contraste con la compacta criminalización, la realidad social española ofrecía, por la vía de hecho, su particular y patética respuesta a las situaciones conflictivas planteadas: de un lado, se daba una altísima cifra de abortos clandestinos, (la Fiscalía del TS reconocía en 1974 hasta 300.000 abortos anuales) mientras que, paralelamente, se daba un fenómeno de migración abortiva hacia latitudes permisivas (incontrolable pese a ciertos intentos infructuosos de aplicar extraterritorialmente la ley penal española, STS. 29 de diciembre de 1980). El problema cobraba perfiles más abruptos merced a la existente incriminación de la comercialización de anticonceptivos, figura finalmente depurada por la Ley de 7 de octubre de 1978. La desarmonía entre la realidad social y la normativa se coronaba con la comprobación de una efectiva inaplicación, o aplicación incidental, del delito de aborto consentido, delito, en suma, de eficacia preventiva equiparable a la del más feroz cancerbero de cartón piedra.

La situación de hecho no fue formalmente abordada hasta bien entrados los años 80. Con motivo de la impugnación ante el TC del Proyecto de ley de reforma aprobado, la STC. de 11 de abril de 1985 establecía determinados hitos conceptuales en la materia, en especial, el reconocimiento de situaciones de conflicto en las que determinados derechos fundamentales de la mujer debían entrar en ponderación.

La LO. 9/1985, de 5 de julio incorporó al Código penal entonces vigente el art. 417 bis, que contenía un elenco de indicaciones, con virtud

justificante en materia de aborto. Los trámites administrativos con que la Orden de julio de 1985 flanqueaba la práctica indicada fueron obviados por el RD. 2409/1986 de 21 de noviembre, que sigue vigente una vez rechazado el recurso interpuesto contra el mismo ante la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo (STS. 12 de mayo de 1988).

Por puro imperativo de inoportunidad política el legislador penal de 1995 no aborda una regulación de los supuestos de aborto no punible, remitiendo la Disp. Derog. Única 1 a) al art. 417 bis ACp., que, por lo tanto sigue hasta hoy vigente en la materia.

Así las cosas, dejando inalterado el sistema de indicaciones, el nuevo Código penal ensaya una nueva regulación del aborto punible en un contexto social convulsionado por un debate extranormativo aún no dirimido. En una materia, como la presente, socialmente no consensuada tanto como emocionalmente inficionada, al Derecho penal le asiste un papel secundario, a la espera de que el diálogo social aporte frutos mejor madurados. Ante un panorama semejante, el legislador penal ha optado por la máxima cautela y aún ambigüedad, dejando que sean, en efecto, las vías de facto las que dominen y modalicen la materia. De este modo, el repertorio de indicaciones no varía con el advenimiento del Código penal de 1995, y permanece hoy intacto, al no prosperar en el parlamento, por el simbólico margen de un voto, la ampliación al cuarto supuesto –socioeconómico– del citado elenco.

Difícilmente la perturbación psíquica que un embarazo en condiciones de apremio socioeconómico puede aportar a la mujer queda, como se ha sugerido, cobijada en el margen de la indicación terapéutica, que, por otra parte no está sometida a plazo alguno. En cambio, la aportación del citado 4º supuesto viene a implicar, de manera ciertamente elíptica, la cobertura pública del coste del aborto, auténtico desideratum para algunos colectivos, tanto como para otros es un objetivo máximamente rechazable, que suscita el adicional problema de la objeción de conciencia –tanto profesional como, según se ha afirmado, incluso fiscal.

Para un relevante sector de la doctrina penal española la solución del

plazo, con la frecuente aceptación de los tres meses como período máximo, se antoja más razonable, por existir una mayor parcela de autocontrol del conflicto por la mujer. Las objeciones alzadas ante tal solución atienden a la cesación absoluta e indiscriminada de la protección de la vida humana prenatal durante ese período, el relativismo en el establecimiento del plazo y la máxima desprotección de los derechos reproductivos del progenitor, verdadero convidado de piedra en el conflicto.

Así las cosas, el Código penal de 1995 no acierta, como no podía ser menos, más que a dar una tibia e insatisfactoria respuesta de compromiso. Depura, eso sí, con acierto, la regulación del núcleo de conductas punibles, que por otra parte, se localiza a prudente distancia del verdadero ojo del huracán, esto es el repertorio de indicaciones.

3.1.1 HIPÓTESIS PUNIBLES

La actual regulación de las conductas de aborto punible se localiza en el Título II del Libro II, arts. 144 a 146 Cp. A la penalidad asignada en estos preceptos, cabe sumar la posibilidad de asignar una sanción accesoria de distanciamiento o comunicación en los términos en los que concibe el actual art. 57 Cp., que sufre los retoques ya estudiados en la reforma de 1999, y resulta de aplicación idónea en los casos en que el aborto se haya determinado violentamente y en contra de la voluntad de la embarazada.

Aborto no consentido o con la concurrencia de consentimiento viciado de la mujer (art. 144 Cp.).

Art. 144. “ El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer el cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante la violencia, amenaza o engaño”.

Salvando la opinión excepcional de la doctrina que sostiene que sólo se ampara aquí un interés demográfico del estado, es pacífico que el presente artículo custodia la vida humana dependiente. No hay que olvidar que, desde una perspectiva pluriofensiva, también se está vulnerando la libertad de la mujer así como sus derechos reproductivos.

El objeto material del delito es el producto de la concepción, vida humana dependiente, cuyo suelo mínimo algunos localizan en la fecundación y otros en la llamada anidación, momento a partir de la cual la célula fecundada se constituye en pre-embrión (interpretación que se avala por la licitud de instrumentos anticonceptivos susceptible de impedir efectivamente la anidación de la célula fecundada).

La intervención compulsiva encaminada a impedir la anidación del óvulo fecundado (por ejemplo, a través de la imposición coactiva de un DIU o administración en dosis especiales de anticonceptivos o *píldora del día después* sólo podría integrar un atentado contra la libertad general de actuación de la mujer coaccionada (aparte de los insalvables problemas de prueba que podrían plantearse si se quisieran incorporar dichas acciones en los límites de este delito). Además, debe de tratarse de un producto no patológico y viable (exigencia, pues, de *viabilidad intrauterina*). El límite máximo del objeto de este delito hace frisar el aborto con el homicidio. Al custodiarse aquí la vida dependiente, la afectación la madre como vehículo de la lesión se ha estimado un marcador idóneo del ámbito propio del aborto.

Se atiende a este carácter pluriofensivo, que, como hemos dicho, conculca la libertad reproductiva de la mujer, para erigirlo en la modalidad más gravemente castigada de las que componen el presente Título II del Libro II Cp. La existencia de pluriofensividad se deriva de la falta de consentimiento o existencia de consentimiento inválido (prestado por menor o incapaz) o viciado por uso de violencia, amenaza o engaño. No se menciona extrañamente el abuso o prevalimiento de la situación de vulnerabilidad de la mujer. En cualquier caso, el legislador omite graduar la respectiva gravedad lesiva de las conductas de lesión, no sobre el feto - lógicamente equivalente en todo caso-, sino sobre la mujer, sin ponderar diferenciadamente la naturaleza del medio coercitivo empleado.

Se trata en todo caso de una conducta dolosa, sin que se suscite la exigencia de un plus anímico. El dolo comprenderá la intención feticida (SSTS. 6 de mayo de 1982 y 23 de octubre de 1996). En los supuestos de malos tratos físicos a la mujer embarazada, con resultado abortivo, el autor de los malos tratos habrá de responder asimismo por el aborto, generalmente a título de imprudencia (art. 146 Cp.), con una salvedad: cuando el estado gestacional es tan manifiesto que resulte iconcebible el desconocimiento de la repercusión de la conducta sobre el *nasciturus*, cabría entender que el dolo de lesionar a la mujer abarca un concreto ánimo feticida doloso, pudiéndose apreciar, en concurso con los malos tratos a la mujer, el presente art. 144 Cp. Igualmente, también concurrirá este delito con un eventual asesinato, homicidio doloso o lesiones cuya víctima sea la mujer embarazada.

La práctica de aborto integrará actos de manipulación directa en el seno materno o, indirectamente, de provocación de una expulsión extemporánea (SSTS. 30 de enero de 1984, 6 de diciembre de 1985, 24 de enero de 1987 y 3 de abril de 1997), sin comprender la destrucción de feto espontáneamente expulsado. De la mera provocación de parto anticipado, cuando el embarazo ha llegado a término, no cabe, en cambio deducir ánimo feticida (STS. 28 de junio de 1977). Tampoco reúne las condiciones típicas la destrucción de embrión expulsado espontáneamente.

Es posible la *comisión por omisión* si se concretan los requisitos del art. 11. Cp. (STS. 23 de octubre de 1996). Si, como consecuencia de las prácticas abortivas, se produce lesión o fallecimiento de la mujer, se estará ante un concurso ideal de delitos.

Aborto consentido o ejecutado por la mujer (art. 145 Cp.).

Art. 145. "1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados por tiempo de uno a seis años.

2. *La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses*”.

Se incrimina una hipótesis de aborto consentido, bien como autoaborto, practicado por la mujer como autora en exclusiva (art. 145.2 Cp.), bien en régimen de coautoría juntamente con un tercero. En este último caso el régimen se diversifica: la conducta del tercero se contempla en el art. 145.1 Cp., y la de la mujer que lo consiente en el art. 145.2 Cp. La penalidad, en consecuencia, es menor en el caso de la mujer interviniente, seguramente en razón de su situación de imputabilidad alterada, que el legislador toma en cuenta.

La referencia a la ilicitud o situación al margen de la permisión legal del aborto practicado *fuera de los casos permitidos* constituye una referencia típica al elenco de indicaciones, pero no a una mera ilegalidad administrativa, que no podrá fundamentar esta concreción si se dan los requisitos esenciales. Además, la referencia a los *casos permitidos por la ley* excluye asimismo a los supuestos en que pueda apreciarse una causa de justificación genérica, como es el *estado de necesidad*, art. 20 5ª Cp., aunque no encaje en el perfil específico de ninguna indicación. Así, se ha llegado a aplicar esta eximente en una hipótesis de *estado de necesidad* (putativo) en un supuesto de indicación económico-social (STS. 11 de noviembre de 1990).

La eventual apreciación de *estado de necesidad* eximente suscita a la doctrina recelos en orden a su más que probable impropiedad técnica y repercusión (el aborto sería justificable en cualquier estadio de evolución gestacional, sin sometimiento a límite alguno).

El tercero puede intervenir como coautor (art. 145.1 Cp.) o como partícipe en una conducta de autoaborto (art. 145. 2 Cp.). Pese a los términos del art. 145.2 Cp., el simple consentimiento de la mujer no la convierte en autora de un conducta consumada, ya que se incrimina una conducta de aborto consentido, pero sí podría fundamentar una tentativa.

Aborto imprudente (art. 146 Cp.).

Art. 146. "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por período de tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

Conforme a la nueva regulación, la práctica culposa de aborto resulta punible, no así la conducta de autoaborto imprudente, que, por fortuna queda ahora fuera de los límites de tipicidad (hipótesis en la mujer había de soportar material y directamente la aflicción de su propia imprudencia, junto con la formalmente determinada por la norma). Se ampara en este tipo la vida prenatal juntamente con los derechos reproductivos de la mujer, bienes conculcados por una heterointervención realizada sin la diligencia más elemental.

Generalmente la conducta será perpetrada por facultativo, pero el legislador no exige profesionalidad en el sujeto activo. La doctrina ha sugerido que la imposición de condiciones de trabajo abortivas a mujer embarazada podría concretar esta responsabilidad imprudente del empleador, eventualmente en concurso ideal con un delito contra los derechos de los trabajadores (art. 371 Cp., que ampara la seguridad en las condiciones laborales). Los problemas a tal respecto serían eminentemente de causalidad, en relación con el delito de aborto imprudente.

Causas de justificación específicas en el ámbito del aborto; repertorio de indicaciones (art 417 bis ACp.).

El estudio de la situación de la mujer en la valoración penal de las conductas de aborto conduce por la propia remisión del art. 145.1 y 2 a una obligada referencia al círculo de indicaciones. Como se indicó, en virtud

de la Disposición Derogatoria 1.a) del vigente Código penal, el art. 417 bis ACp. constituye derecho vigente en materia de justificación específica en el ámbito del aborto.

Art. 417 bis. "1. No será punible el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado, y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que sea necesario, para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un medio de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y de consentimiento expreso.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3ª Que se presuma que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las dos primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

Es también regulación aplicable el RD. 2409/1986, de 21 de noviembre, (BOE núm 281, de 24 de noviembre), sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

El funcionamiento de este polémico sistema de indicaciones, con naturaleza y repercusión eximente de responsabilidad, ha sido valorado desde perspectivas máximamente divergentes. Si, de un lado, se critican la alta burocratización de los trámites conducentes a la práctica permitida, y los obstáculos que a la misma impone el legítimo respeto a la objeción de conciencia del facultativo, de otra se denuncia la interpretación extensiva de los requisitos preceptivos, apuntándose cómo, dicha aplicación ha supuesto el establecimiento práctico de un sistema de plazos por la vía de hecho.

Son notas comunes a todas las indicaciones la apreciación de una colisión de intereses resuelta a favor de la mujer, la exigencia de expreso consentimiento informado de la misma o sus representantes legales, la intervención médicamente controlada por especialista y en centro acreditado. En el caso de menor o incapaz, corresponde a los representantes legales otorgar consentimiento. La validez del mismo descansa en una capacidad general de comprender la trascendencia de sus decisiones, de tal modo que, cuando una menor o incapaz la posea, no podrá practicársele un aborto en contra de su voluntad por la sola aceptación de los representantes.

Establecidos tales condiciones generales, sin embargo, a efectos de que la conducta de la mujer quede justificada, lo básico en todo caso será el ajuste a los presupuestos objetivos de cada indicación, sin que, como afirma el art. 417 bis.2 ACp., la práctica en centro no acreditado o la falta de dictamen preceptivo pueda obviar el efecto eximente.

a) Indicación terapéutica:

Existe en tal supuesto un conflicto de intereses que enfrenta las expectativas de vida autónoma del *nasciturus* a la vida o estado de salud física o mental de la embarazada. Este supuesto, que implica la máxima radicalización e imposibilidad de conciliación de intereses en conflicto, es el único que ha impelido a algún sector católico a ponderar su eventual legitimidad moral. Se da prevalencia, así, a la vida de la embarazada o a unas imprescindibles condiciones de salubridad. Ello implica que no serán preponderantes las meras condiciones de bienestar o las expectativas de absoluta indemnidad física o mental. Así, se estima que el supuesto no se configura por un mero estado general de malestar, temor o

angustia, las afectaciones generales propias del estado gestacional o riesgos consustanciales a al parto. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse contrario al encaje dentro de este supuesto de las situaciones de apremio socio-económico con incidencia en el bienestar psíquico de la embarazada (STS. 11 de diciembre de 1990).

Para que el conflicto se resuelva a favor de la mujer, el peligro ha de ser de gravedad, pronosticado sobre el supuesto, no siendo bastante un riesgo abstracto o remoto. Igualmente, el aborto tiene que ser causalmente adecuado para la evitación de la muerte o perjuicio a la salud de la mujer, de tal modo que se entienda que dicha práctica va a aportar la cesación de la amenaza a su vida o salud. Este pronóstico habrá de establecerse en un dictamen médico que aportará el *correspondiente* especialista, que no tiene por qué ser experto en obstetricia y Ginecología, como el médico que realiza el aborto (art. 2,1 RD. 21 de noviembre de 1986), sino que puede ser cualquier facultativo especializado en la patología que afecta o amenaza a la vida o salud de la embarazada. Se exige que provenga de un médico especialista, y no otro profesional, como un psicólogo (STS. 14 de diciembre de 1992).

La presente hipótesis no está sometida a plazo de práctica determinado. *Conforme al RD. 21 de noviembre de 1986*, los abortos practicados en un período gestacional superior a las doce semanas se califican como de *alto riesgo*, exigiéndose en tales casos unos requisitos más rigurosos en orden a la infraestructura y medios. Los llamados *abortos de alto riesgo* sólo son practicables en los supuestos *terapéutico* y *eugenésico*.

Para la hipótesis de urgencia sanitaria, la imposibilidad de otorgar consentimiento no es obstáculo a la legitimación del aborto practicado. En dichas condiciones de apremio, la adecuación médica a la *Lex artis* obligaría en todo caso a optar por la prioritaria salvaguardia de la mujer, habiendo el facultativo de responder por la muerte o lesión imprudente de la mujer en caso contrario. De cualquier modo, el aborto adecuado a la *Lex artis* médica termina donde empiece la negativa de la mujer a dicha práctica. Es claro que el inciso no puede ser interpretado como habilitación para intervenir en contra de la voluntad manifiesta de la mujer, vulnerándose sus más elementales derechos como paciente.

b) Indicación criminal.

Colisionan aquí las expectativas del *nasciturus* con el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, interés último que prevalece en atención a la no exigibilidad de la conducta adecuada a derecho, ante las dificultades sociales y psicológicas propias del embarazo consecuente a un grave atentado contra la libertad sexual. No parece que sea la dignidad de la mujer la que se esté preservando aquí, lo que sería tanto como confundir el sentido de la acción originaria, intencional y vejatoria, con la mera consecuencia de dicha acción. En todo caso el *nomen iuris* con el que es conocida asimismo la presente indicación, ética, es inadecuado, ya que incorpora una impropia calificación moral. Se trata de un supuesto de muy escasa incidencia porcentual, aminorada por la administración profiláctica que se ofrece a la mujer sexualmente agredida en los centros de salud.

Se produce aquí un problema de integración normativa, toda vez que el art. 417 bis ACp. remite a la regulación anterior del delito de violación art. 429 ACp. Esta alusión delimita una correspondencia con el supuesto de *violación* del actual art. 179 Cp., que se erige ahora en precepto incriminador de la conducta sexual jurídicamente acreedora al máximo reproche. En cambio, no quedan integrados en la indicación, a pesar de las críticas doctrinales, los supuestos de embarazos consiguientes a otros atentados contra la libertad sexual y a la conducta de reproducción asistida no consentida por la mujer (STS. 30 de enero de 1991).

La mayor restricción del máximo reproche en el actual 179 Cp. respecto a las hipótesis más extensas del 429 ACp. tiene repercusión específica en el plano de la justificación del aborto. En efecto, a los menores de trece años y personas de cuyo trastorno mental se abuse, que sean objeto de *abuso sexual no consentido* (casos antes integrados en el 429 ACp., salvo que el menor lo era de doce, no de trece años) no podrá aplicárseles un aborto legitimado por la presente indicación criminal, aunque sí uno terapéuticamente indicado a sus condiciones de vulnerabilidad. Sin embargo, el de abuso sexual de persona privada de sentido, también integrado en el art. 429 ACp. y fuera hoy del equivalente art. 179 Cp., no tiene por que conducir a la *indicación terapéutica* más fundadamente que cualquier otra hipótesis de abuso no consentido.

El precepto exige que se verifique la causalidad, no la mera probabilidad, entre la *violación* y el embarazo. Además, se establece el plazo gestacional de doce semanas dentro de las cuales habrá de practicarse el aborto, siendo igualmente preceptiva la denuncia. Como afirma la STS. 30 de enero de 1991, lo que la ley exige es que la denuncia no sea falsa y se haga realidad en un tiempo prudencial, que, como *mínimo*, será *el mismo día* en que se le practique el aborto. En el caso de denuncia falsa, la mujer habrá de responder por el aborto consentido en concurso con el delito contra la Administración de Justicia (art. 456 Cp.). En cambio no es preciso que la denuncia prospere, ya que la exigencia es sólo relativa a la presentación de denuncia, no a una condena firme.

c) Indicación eugenésica.

Tampoco el calificativo *eugenésico* resulta adecuado, ya que, ignorando la perspectiva de la mujer, parece plantear los términos de la colisión entre la vida del *nasciturus* y un cuestionable interés público a la “mejora de raza” o “selección de los mejores”. El supuesto, en tales términos considerado, denota una actitud inconstitucional por parte de los poderes públicos, ya que se depara una desigual protección de la vida prenatal, discriminando en función de taras o minusvalías. Objeción que la doctrina ha querido salvar planteándolo como propio conflicto de intereses entre las expectativas de vida del *nasciturus* y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

Se establece un plazo máximo de veintidós semanas gestacionales para la práctica del aborto, con exigencia de un pronóstico médico, expresado en dictamen previo por dos especialistas, relativo a las taras físicas o psíquicas con que habría de nacer el feto. El pronóstico vendrá referido al momento del nacimiento y no a contingencias de salud que eventualmente pudieran suscitarse con posterioridad. De otra parte las taras habrán de ser de entidad y, como se ha sostenido, médicamente *irreparables*, pues de lo contrario los intereses de la embarazada no prevalecerían.

El consentimiento informado vendrá referido a la oferta de ayudas públicas y posibilidades de adopción. Ante la inexistencia de un genuino esfuerzo público en la vertebración de un sistema de ayudas algo más

que simbólico o testimonial, se suscita la legítima duda del posible sentido genuino y estrictamente *eugenésico* de la indicación.

Finalmente, el pfo. 2 del art. 417 bis ACp. se establece con carácter general la impunidad de la mujer cuando, respetados los requisitos sustantivos básicos de cada hipótesis, se incumplan los relativos accesorios de la acreditación del centro o los dictámenes preceptivos. La exención no alcanza, en cambio a los demás implicados en la práctica del aborto, sin perjuicio de la eventual justificación de los mismos por la vía del estado de necesidad del art. 20 5 Cp..

3.2 LESIONES AL FETO

Se recoge como novedad absoluta en el Título IV del Libro II del Código penal, llenando un vacío legal que la jurisprudencia salvaba impropriadamente extendiendo al feto titularidad como sujeto pasivo de lesiones (STS. 5 de abril de 1995). Delito de obligada consigna en este estudio por cuanto pueda afectar a los intereses de la mujer como madre y en cuanto vehículo de la agresión prenatal. De otra parte, la embarazada puede ser asimismo –improbable– sujeto activo de las lesiones dolosas, pero no de las lesiones imprudentes, respecto de la cual su conducta queda fuera de los límites de tipicidad.

3.2.1 LESIONES DOLOSAS AL FETO (ART 157 CP.)

Art. 157. “El que por cualquier medio o procedimiento causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de dos a ocho años”.

Se protegen aquí las expectativas de bienestar físico y psíquico del feto, al tiempo que el mismo se erige en objeto material de la conducta. Por *feto* cabe estimar una alusión a al vida embrionaria, que surge tras la anidación, aunque alguna interpretación refiere la protección a un límite

mínimo de tres meses. El umbral máximo de este precepto queda marcado por el nacimiento, momento a partir del cual se podrá apreciar delito de lesiones.

No se trata de un delito especial con sujeto activo profesional. Cualquiera podrá cometerlo, con independencia de la especial punibilidad con que se castiga la comisión por profesional sanitario. Claramente la embarazada puede obrar estas lesiones, tanto como un tercero, pero no se realiza una graduación de la gravedad de las conductas consentidas y las que, por no consentidas, comportan mayor gravedad, por comprometer, además, la libertad de determinación de la mujer y sus expectativas en orden a la maternidad, sistemática sí empleada en el caso del aborto.

Los medios comisivos son abiertos, pudiéndose apreciar la conducta cuando hay una manipulación intrauterina directa como cuando se afecta la salud fetal en forma indirecta transmisión de enfermedades, administración de sustancias lesivas a la vida prenatal. En este último caso, el principal problema suscitado será el de la prueba de la relación de causalidad. La conducta habrá de ser en todo caso intencional, inspirada por un específico ánimo de lesionar al feto distinto del ánimo fetida que impulsa a el autor de aborto.

El resultado ha de ser de grave perturbación para la salud del feto, pudiéndose apreciar en el caso una eventual concurrencia de lesiones a la embarazada o malos tratos domésticos.

3.2.2 LESIONES IMPRUDENTES AL FETO (ART. 158 CP.)

Art. 158. "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueran cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

La conducta descrita aquí coincide en su fórmula con la recogida en el artículo anterior, contemplándose aquí una, más frecuente, modalidad de lesiones imprudentes al feto. Se prevé una cláusula de exclusión de punibilidad para la causante embarazada.

La hipótesis de mayor frecuencia criminológica es la propia del profesional sanitario que actúa en forma gravemente atentatoria contra la *Lex artis* médica. No es sin embargo un delito especial del profesional sanitario. La imposición de unas condiciones laborales insalubres (toxicidad, naturaleza violenta de la prestación laboral) con abuso de la situación de necesidad de la embarazada puede fundamentar la apreciación de unas consiguientes lesiones imprudentes al feto en concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores.

3.3 REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

Figura de nueva creación por el legislador de 1995, que incorpora una conducta de especial trascendencia para la mujer en el campo de la manipulación genética, incriminada en el Título V del Libro II Cp.

Art. 162. "1. Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

Se incrimina la conducta de reproducción asistida practicada a la mujer vulnerando su libertad negativa de actuación. Esta conducta vulnera la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, afectándose de modo especial su libertad reproductiva negativa. La mujer resulta, así, cosificada e instrumentalizada por la conducta típica, guardando en ello una incuestionable vinculación criminológica con las conductas de

atentado contra la libertad sexual.

La *Ley de Reproducción Asistida 35/1988*, (en adelante LRA) describe las técnicas susceptibles de integrar el tipo (así, inseminación artificial, transferencia embrionaria o de gametos, art. 2.1 LRA). El consentimiento para la práctica de reproducción asistida ha de ser libre, consciente, expreso y por escrito (art. 6 LRA).

Los medios comisivos son inespecíficos, pudiendo utilizarse cualquiera que suponga una imposición o la obtención de consentimiento viciado (violencia, intimidación, engaño, o abuso de situación de necesidad).

La concreción del delito se produce con la mera práctica de la técnica en cuestión, sin ser preciso un resultado procreativo concreto. Si a resultas del embarazo, la mujer muere o se ve afectada en su salud, el presente delito concursará idealmente con lesiones u homicidio. Se apreciará igualmente concurso si las lesiones o muerte se producen en el curso de la práctica de reproducción (así, por ejercicio de violencia coercitiva). El embarazo practicado en tales circunstancias no se considera consecuencia de victimización acreedora a la ayuda pública prevista en la *Ley 35/1995, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual 35/1995*. Sin embargo, la grave afección psíquica determinada por el embarazo podría quedar amparada por dicha ley así como, en opinión de la doctrina mayoritaria, el subsecuente embarazo habría de fundar una *indicación* para la práctica de aborto.

El especial régimen de perseguibilidad establecido en el nº. 2 convierte a esta figura en delito semi-público, precisándose denuncia de persona agraviada o su representante legal. Para el supuesto de menor, incapaz o desvalida podrá denunciar asimismo el Ministerio Fiscal.

4. MALOS TRATOS INTRAFAMILIARES

PLANTEAMIENTO

El hogar, último reducto donde el violento se solaza en la subyugación, soberbio en su impunidad, cede sólo recientemente al moderno impulso victimológico y abre por fin sus puertas al control oficial. Si el delito es reciente, no así la conducta, refrendada por los propios instrumentos institucionales (así, el *derecho de corrección*, la *obediencia debida*, el *desprecio de sexo*) tanto como por la legitimación y trivialización social de los hechos, zafiamente voceada por los consabidos chascarrillos y refranes misóginos, en directa apología de la violencia contra la mujer.

La opaca mística del *reposo del guerrero* no era siempre efectiva para ocultar que, en considerable número de ocasiones, el guerrero no reposaba tampoco en casa. Así, la primera toma de conciencia de las dimensiones del problema fue obrada en los años ochenta, década en la que surge la primera *Comisión de investigación de malos tratos*, así como otros fenómenos asociativos de índole victimológica privada. El primer esfuerzo institucional concierne a la creación, en 1984, de la primera Casa-refugio de mujeres maltratadas. Se suceden las campañas de concienciación, privadas y oficiales, eminentemente emprendidas por los diferentes Institutos de la Mujer, en desarrollo de la tarea promocional institucionalmente encomendada. De este modo, comienzan a generarse estados de opinión sensibles, dejándose aún sentir la ausencia de un impulso solidario vertebrado y genuinamente constructivo.

Golpe a golpe, la violencia intrafamiliar crónica se abre un espacio típico propio en virtud de Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, que configura el art. 425 ACp. Antes de esta reforma, la reforma urgente y parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983, había operado un incipiente equilibrio paritario en el art. 583 Cp., en cuya redacción previa se castigaba a los maridos que maltrataran a sus mujeres sin causar lesión (nº. 1), castigando, correlativamente a las mujeres que maltratara de palabra u obra a sus maridos (nº. 2), lo que, reservando un más elevado ámbito obligacional a la mujer casada, proyectaba una insostenible discrimina-

ción. Este precepto, art. 583 ACp., corregido en 1983, fue finalmente dejado sin contenido por la Ley 3/1989. Así, la normativa aplicable a los malos tratos se articulaba el citado delito del art. 425 ACp. y en la falta del 582 ACp.

El art. 425 ACp., ubicado en el ámbito de las lesiones, incriminaba la violencia física, ejercida habitualmente y con cualquier fin, siendo sujetos pasivos el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, hijos sujetos a la patria potestad, pupilo menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho, conducta castigada con arresto mayor. Se abrían las interpretaciones en torno al eje vertebrador de la conducta, la habitualidad, así como se echaba en falta una mayor amplitud de alcance en cuanto a la conducta (no comprensiva del maltrato psíquico) y a los eventuales sujetos pasivos (fuera del tipo quedaban los hijos no sujetos a patria potestad, hijos de cónyuge o pareja de hecho, ascendientes o incapaces convivientes con el autor).

Por otra parte se cuestiona la pertinencia de la alusión al fin de la violencia, que invitaba a elucubrar sobre los límites de la *violencia correctiva* (debate por otra parte, mal planteado: cuando se “corrige” con medios violentos, la conducta no es un mero exceso en el ejercicio de corrección sino que ab initio la conducta es ilícita, antiformativa y, precisamente, vulneradora de ese mismo derecho). En cuanto a la mujer victimizada, a cuyo análisis se consagra el presente estudio, el asentamiento constitucional de su plena paridad ante el marido (art. 32 CE) viciaba de raíz cualquier apelación al *derecho de corrección*, pero la incomprensible (cuanto humillante) supervivencia de artículos como el 104 LECr., que apelaba a un anacrónico derecho del marido a ser obedecido, aportaba al contexto normativo matices inquietantes.

El art. 582 ACp. incriminaba la falta de lesión y el maltrato de obra no determinante de lesión, cualificado cuando las víctimas eran ascendientes cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad.

La importante Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado contribuyó a clarificar la naturaleza de la habitualidad así como orientó en las soluciones concursales.

Con el Código penal de 1995, se enmienda la plana al antiguo 425 ACp., configurando en el art. 153 Cp. una violencia de mayor alcance victimológico, suprimiendo la alusión al fin de la violencia, aumentando la punición y aportando una específica solución concursal. Sin embargo, mantiene la ubicación del delito dentro de la esfera axiológica de las lesiones, y continúa sin integrar el maltrato psíquico. La falta del art. 617 Cp. se conserva fiel a la redacción de su antecedente, el citado art. 582 ACp.

Pero el delito y las actitudes sociales todavía tenían que evolucionar. Desde la entraña misma de la realidad criminológica se nos reservaba un conmocionante aldabonazo: el patético desenlace de Ana Orantes, quemada viva por su marido como episodio de cierre en una funesta escalada de violencia y degradación. Al coste de su vida e integridad moral, Orantes ha ejercido, en su más triste acepción, las funciones sociales de la victimidad expiatoria. En este, como en otros ámbitos criminológicos, la directa percepción social de la mujer victimizada, en su genuina dimensión humana, no en la evaporada condición de sujeto pasivo de un tipo penal, ha sido más decisiva que la campaña mejor intencionada. Con los medios de comunicación volcados, una armónica toma de conciencia solidaria ha hecho posible que se tramiten reformas y se vertebren planes de acción multidisciplinares de rango oficial.

Pionero en su género, dentro del ámbito institucional de nuestro país, se destaca el *Plan de Actuación del Gobierno Andaluz para avanzar en la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres*, aprobado por el Parlamento Andaluz, el 12 de febrero de 1998. Se impulsa en el mismo una estrategia general de intervención comunitaria a través de las distintas Conserjerías, en coordinación con el *Instituto Andaluz de la Mujer*, siendo muy positivamente valorado por el pragmatismo que inspira las medidas impulsadas, así como por la amplitud de su enfoque (violencia sexual/violencia doméstica).

Al mismo se suma el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998. El Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, desarrollado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales juntamente con el Instituto de

la Mujer se presenta como programa de intervención nacional en la Conferencia Sectorial de la Mujer, abril de 1998. En su seno se aúnan esfuerzos institucionales en la erradicación de la violencia intrafamiliar, con medidas de muy variada índole, destacando, sobre todas ellas la promoción de una integral reforma normativa penal y procesal en el ámbito de los malos tratos.

En dicha coyuntura, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, y el Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres, de 1998, orientan la mejor interpretación del arsenal punitivo disponible en tales momentos en la persecución de la violencia intrafamiliar, con el trasfondo de la proyectada reforma de los aspectos penales, civiles, y procesales. La tramitación de esta reforma ha sido tan azarosa como controvertida, ciertamente más por razones de índole política que por disensos en relación con las modificaciones planeadas. Finalmente, la modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Procesal en materia de malos tratos llega a buen puerto en junio de 1999. Dichas transformaciones penales y procesales, en suma y como veremos, vienen a acoger en los citados cuerpos normativos las sugerencias y pautas interpretativas manifestadas por la Fiscalía General del Estado y el Defensor del Pueblo, incluso, en algunos aspectos, apartándose de los criterios hasta ahora manejados en los tribunales.

La esperada reforma llega al fin, por la vía de urgencia, con la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, parcialmente aupada, sin embargo, a una ley inmediatamente predecesora, con la cual compartió un trecho de su tramitación, la ya comentada *LO. 11/1999, de 30 de abril*, modificadora del Título VIII del Libro II del Código penal. En la *LO. 11/1999* ya se avanzan modificaciones relativas al ámbito de los malos tratos (reforma de la falta de maltrato de obra, art. 617.2 Cp.) o, siendo más genéricas, de particular trascendencia en la esfera que ahora estudiamos (creación de medida de distanciamiento o incomunicación víctima-ofensor, como consecuencia jurídica o medida incorporada a la suspensión de ejecución de la pena, arts. 57, 105.1, 83.1. 1º bis) Cp. En apartados anterior-

res hemos ya comentado las incongruencias e interferencias objetivas que se suscitan en la sucesión de ambas normativas de reforma, entre las cuales apenas si media el lapso de un mes.

La reforma específica de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, abunda lógicamente, en esta línea victimológica y tutelar, y, precisamente adopta como rúbrica y directriz la protección a las víctimas de malos tratos. El enfoque de género que adoptamos en la presente revisión no puede, sin embargo, llevarnos a ignorar la otra angustiosa problemática que se enmarca en el presente ámbito delictivo: la violencia familiar contra el menor (sin olvidar el maltrato a ancianos, no por inexplorado menos victimizador). Aspectos en los que, sin embargo, no podremos aquí abordar fuera de su intersección con la problemática específica de la mujer en el hogar violento.

4.1 EL DELITO DE MALTRATO DOMÉSTICO (ART. 153 CP.)

Art. 153. “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Texto previo a la reforma (LO. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal):

Art. 153. "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en su caso, se causare".

El actual art. 153 Cp. se incardina en el Libro II, Título III, *De las lesiones*, configurado, pues, formalmente como delito contra la salud física y psíquica de las personas. El análisis victimológico ayuda aquí a esclarecer cual es el mal victimizante específicamente generado por la presente conducta, para delimitar, así, el bien jurídico y verificar la corrección de su ubicación actual.

Así, la violencia doméstica puede ejercerse en dos niveles criminológicos: en primer lugar, como fase inicial o plataforma de partida, en un continuo que, por su propia pulsión criminodinámica, progresa degenerativamente hacia la causación de lesiones graves y acciones contra la integridad moral y, en su última fase, delitos contra la vida. El puntual control público de la conducta en dicha etapa supondrá no sólo la neutralización y castigo de los malos tratos, sino que comportará un especial significación preventiva de conductas de distinta calidad victimizante.

En el segundo nivel, la violencia doméstica se despliega como contexto criminógeno. Así, cuando la actuación pública no se produce en el estadio inicial, autónomamente reprochable, la mayor entidad victimizadora de las conductas posteriores a las que se deriva no implica la desaparición o absorción de la especificidad de los malos tratos. En efecto, los mismos no desaparecen o son desplazados, sino que se siguen substanciendo coetáneamente, conformando un marco o contexto criminológico de terror y subyugación.

En este sentido, el maltrato contra la mujer es un instrumento idóneo para neutralizar las defensas de la víctima, propiciando la perpetración de esos otros delitos. En ese sentido, la lesión victimizante específica de

los malos tratos es, precisamente, la reducción de la víctima *a un estado vulnerable*. Se trata, así, de la causación de una situación de desequilibrio y desintegración moral en un ámbito, el doméstico, donde la libre personalidad goza del ámbito más idóneo de proyección. Si la reducción a la dependencia y vulnerabilidad es un mal, en sí mismo reprochable jurídicamente, de otro, el mantenimiento de dicho estado como marco de otras actuaciones delictivas constituye una hipótesis castigable por la vía concursal.

De la delimitación de un mal victimizante propio de los malos tratos puede fundamentarse la especificidad del bien jurídico en ellos vulnerado, diferenciado así, del protegido en los distintos delitos de lesión que constituyen su esfera formal de localización. Así, el bien jurídico será la dignidad e integridad personal en el ámbito de convivencia doméstica, como contexto idóneo de proyección del libre desarrollo de la personalidad; en tal sentido, el art. 153 Cp. tiene un signo ambientalista, protector del hábitat convivencial humano en el entorno más privado de interrelación. A través de la tutela del medio, se obtiene la protección de fundamentales valores y libertades de la mujer victimizada.

La incolumidad personal como objeto de protección es, en cambio, un bien jurídico más ajustado a la esfera axiológica de la falta de malos tratos. De ello se desprende que el presente delito tiene una entidad sustantiva autónoma, sin constituir una mera cualificación, por la habitualidad, de la falta de malos tratos, en el mismo sentido en el que puede decirse que la reiteración en el impago de prestaciones dota de distinta significación victimizante, a una conducta, en principio, sólo civilmente relevante. Tampoco parece adecuado señalar a la familia, en cuanto institución, como bien jurídico aquí tutelado. La condición familiar o doméstica de la víctima y el victimario sirve para trazar un círculo de demarcación del medio en que se suscitan los atentados, pero no es la protección de la esposa o de la madre, sino de la mujer, como persona, lo relevante en cuanto objeto de protección.

Pese a la sustancial transformación que el reformador de 1999 somete a este delito, sin embargo, el mismo continúa formalmente inserto en el ámbito de las lesiones (por más que la correcta armonización de la habi-

tualidad y de las nuevas soluciones concursales con el *principio non bis in idem*, hubiera precisado un más explícito refrendo normativo de la autonomía de este tipo respecto de los delitos contra la salud e integridad física o psíquica).

El sujeto activo de este delito, especial impropio, reclama la condición personal de parentesco o relación de sujeción o convivencia marcada en el tipo. Si no concurre, la conducta sólo puede ser castigada como falta no cualificada (art. 617 Cp.). Por exclusión, los malos tratos habituales en otro ámbito escolar, militar, laboral, todos ellos integrados en el entorno vital cotidiano de los afectados, no quedan comprendidos en el radio del art. 153 Cp.

En cuanto a las víctimas, estas son asimismo infungibles e individualizadas por los rasgos de parentesco o la relación convivencial o de sujeción. El legislador de 1995 realizó una primera ampliación de los posibles sujetos pasivos, incorporando a personas no comprendidas en la antigua regulación: hijos no sujetos a patria potestad, hijos de cónyuge o pareja de hecho, ascendientes o incapaces convivientes con el autor. De otra parte, en comparación con el art. 425 ACp., que no exigía unión estable, el legislador de 1995 podría excluyendo como sujetos pasivos a las personas ligadas por análoga relación de afectividad de forma episódica, discontinua o intermitente. En todo caso, la exigencia de vinculación afectiva estable resulta una impertinente inmiscusión legislativa a equívocas frondas emocionales, y la interpretación al respecto deberá ser respetuosa con los imperativos de protección a la víctima.

La novedad de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en lo que atañe al círculo de sujetos pasivos, es la incorporación de los excónyuges y exconvivientes de hecho: en efecto, la nueva relación habla de *quien sea o haya sido cónyuge*”, así como de *quien esté o haya estado* ligado con el victimario. Antes de esta modificación, se exigía de forma estricta un marco convivencial vigente, de forma, por otro lado, sostenida e ininterrumpida: en suma, se exigía, contraproducentemente, un marco idílico de permanencia para una situación altamente conflictuales caracterizadas por el desequilibrio.

Quedaba, así, fuera del ámbito típico el caso en el que precisamente los malos tratos habituales comenzaran, precisamente, cuando la convivencia se hubiera roto, a partir de la separación o divorcio. Supuestos en los que, ciertamente, cabría señalar que, cuando menos, aumenta el desvalor de la acción ya que con mayor energía criminal, se soslayan las barreras materiales o formales interpuestas por la víctima, para seguir oprimiéndola.

En esta línea, la inexistencia de convivencia actual y sostenida salía al paso de la apreciación del presente delito: en supuesto de maltratador que cumpliendo pena de prisión, no pernoctaba en la vivienda familiar, se aplicó la falta cualificada de malos tratos; STS. 12 de marzo de 1993.

Por fortuna, el reformador de 1999 atiende las demandas sociales, manifestadas por el en el Informe del Defensor del pueblo sobre Violencia Doméstica contra las Mujeres, de 1998, y permite la protección de las víctimas respecto de ex-maridos o ex-compañeros. Sin embargo, los malos tratos habituales en contextos de noviazgo no quedan amparados (STS. 11 de mayo de 1995).

Ciertamente, estamos ante un delito de mera actividad, no precisándose resultado consumativo alguno. Los hallazgos de violencia, que servirán para acreditar la exigencia típica de habitualidad, no son el resultado típico de la presente conducta.

Y así, hemos de enlazar con una polémica interpretativa que la reforma de 1999 ha zanjado en un sentido netamente victimológico: el problema de la exigencia típica de habitualidad, como rasgo calificativo del maltrato aquí reprochado. La incorporación de la cláusula interpretativa de la habitualidad *art. 153 in fine Cp.*, se corona una azarosa trayectoria hacia la desformalización de la exigencia. Triunfa, así, un criterio eminentemente naturalístico de habitualidad: *una interpretación criminológica-social*, y no sólo *como concepto jurídico-formal* (Informe del defensor del pueblo sobre Violencia doméstica contra las mujeres, 1998).

La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, que abogaba ya por un criterio naturalístico, la definía como repetición por el sujeto

activo de actos de violencia física con o sin resultado lesivo. En la Circular 1/1998, La Fiscalía General defendía que la habitualidad era un concepto distinto de la reincidencia (art. 22. 8) o de habitualidad predicable del reo a efectos de excluir la aplicación de medidas alternativas a la prisión (art. 94).

Para el Tribunal Supremo la habitualidad consistía en la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, (STS. 20 de diciembre de 1996). Para delimitar su alcance cuantitativamente se acudía a la doctrina jurisprudencial sobre habitualidad en la recepción, cifrándola en un mínimo de tres actos (SSTS. 28 de febrero de 1997, 20 de mayo de 1997 y 14 de junio de 1997).

Incluso llegaba a sostenerse que debía tratarse de tres sentencias condenatorias independientes. En contra de este hieratismo, la STS. de 20 de diciembre de 1996 estimó probada la habitualidad pese a la inexistencia de sentencias anteriores: las sentencias podrían ser, así, tres, dos o incluso sólo una, si en la misma quedan acreditadas por testimonio, parte pericial médico u otro acto probatorio. En la argumentación de Fiscalía General, no era preciso que los actos sean de idéntica gravedad o naturaleza, siempre que incorporaran violencia.

La nueva redacción exige sólo la acreditación de malos tratos, sin sujeción a número alguno (aunque, ciertamente, el número de tres se haya acuñado jurisprudencialmente) y con la sola exigencia de acreditación y conexión temporal. Tal como razona la Fiscalía General, los actos constitutivos de falta ya prescritos pueden, sin embargo, ser utilizados para acreditar habitualidad. Además, la reforma llega tan lejos como para permitir la acreditación de habitualidad a partir de actos violentos no enjuiciados.

Para la Fiscalía General, en su Circular 2/1990, no cabría sumar los malos tratos deparados a miembros de la familia distintos a la víctima, para fundar la habitualidad. Este criterio se había abandonado ya en la Circular 1/1998, y, finalmente, el reformador de 1999 permite acreditar habitualidad por actos de violencia que hayan recaído sobre distintos componentes de la familia.

En suma, con la singularización y autonomía axiológica y normativa del tipo de malos tratos, deviene inútil aducir el *principio non bis in idem* a la hora de dar a las acciones de maltrato ya juzgadas sentido fundamentador de la habitualidad. El delito de malos tratos, como quedó apuntado, es ahora algo más que la mera suma cualificada de actos típicos sobre los que ha recaído ya sentencia.

Estudiada ya la cantidad o extensión de los actos de violencia que pueden configurar habitualidad, también la reciente reforma aporta una novedad en relación con la naturaleza de los actos de violencia habitual: se tratará de acciones de violencia física o psíquica, toda vez que con la reforma, se introduce novedosamente la incriminación del maltrato psíquico en el ámbito de convivencia, tal como ha sido persistente reclamación desde posturas de defensa de la mujer.

Por lo general, las estrategias de opresión doméstica son de carácter mixto, combinando violencia con intimidación, coerción y humillación. Ciertamente, será infrecuente apreciar casos de maltrato psíquico "puro". Pero, con la incorporación, lo relevante será poder esgrimir, junto a los actos de violencia física, las acciones intimidatorias y de vejación para satisfacer la exigencia de habitualidad.

El arsenal punitivo que proponía la Fiscalía General, en la ya aludida Circular 1/1998, para la cobertura de las conductas de malos tratos psíquicos sigue, en cierta medida siendo de utilidad. En efecto, podrán seguir apreciándose infracciones como la lesión psíquica causada por malos tratos psicológicos, el delito de trato degradante, amenazas, coacciones e injurias; sin embargo, no será preciso aplicar, como se sugería, la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 Cp.) en sentido agravatorio, para abarcar la mayor reprochabilidad de la comisión en el ámbito familiar. Así, sin perjuicio de poderse concretar el delito correspondiente, procederá asimismo un concurso con el delito de maltrato psicológico del art. 153 Cp., si se demuestra la habitualidad de tales actuaciones.

Sin embargo, es claro que, pese a su oportunidad, la introducción del maltrato psíquico va a requerir un especial esfuerzo interpretativo. En efecto, el componente psíquico, más subjetivo y menos asible, corre el

riesgo de dar pie a reducciones sociológicas triviales y simplistas que pueden redundar muy perjudicialmente en varios aspectos: desmotivación y pérdida de sensibilidad social ante los malos tratos, por la bagatelización del debate, y, en paralelo, la justificación de interpretaciones jurisprudenciales excesivamente rigoristas, argumentada en el temor a que la intervención penal se use como baza o posición de fuerza en conflictos familiares e interpersonales de interés privado.

Esta eventual reacción jurisprudencial tiene parangón con la que se ha substanciado, efectivamente, en el plano del impago de pensiones, por cuanto, se aduce que la imprecisión del tipo permite el uso del Derecho penal para hacerse un pronto pago. Por ello, son las mujeres las principales interesadas en evitar la reconducción del conflicto a extremos bagatelarios, en menoscabo de las víctimas efectivas del maltrato psicológico. Así, las faltas de respeto, chantaje moral, sarcasmos, incomunicación y otras estrategias emocionales propias de los conflictos interpersonales no deben ser argumentadas al hilo del maltrato psíquico, por que, si se somete el debate normativo a semejantes trances, el delito perderá, por inaplicación, lo que ha ganado en extensión de ámbito: por no hablar de que, en tales circunstancias, los estereotipos sociales van a jugar negativamente en contra de la mujer para aupar al varón como víctima potencial equiparada, si no más vulnerable (así, atengámonos a la clásica “perfidia femenina”, la proverbial malevolencia de la suegra, la candidez masculina, etc.). Con total respeto a la eventual posibilidad de víctima varón, el maltrato doméstico de cónyuge o conviviente es un delito netamente de género, de ahí el interés de preservar la efectividad de los instrumentos penales, como reequilibradores y reinstauradores de la paridad gravemente conculcada en el presente ámbito.

La penalidad genéricamente asignada es de prisión de seis meses a tres años. La agravante de reincidencia (art. 21.8 Cp.), será de aplicación en su caso, con total autonomía funcional respecto de la apreciación de habitualidad. Sin embargo, no será posible apreciar reincidencia en el caso de condenas por malos tratos del art. 153 Cp. y por delitos contra la libertad sexual (arts. 178 y ss. Cp.) o por el delito de trato vejatorio del art. 173 Cp. o las conductas de amenazas y coacciones (arts. 169 a 172 Cp.), ya que, aunque puedan ser conductas dimanantes de la

misma raíz subyugatoria en el contexto familiar, el no compartir Título común sale al paso de tal aplicación.

El legislador no ha contemplado la posibilidad de imponer al autor una inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar. La medida, prevista en el plano civil para el caso de tan grave afectación al descendiente sometido a patria potestad, pupilo o incapaz, igualmente es oportuna en ocasión del maltrato de la mujer, cuando los hijos, pupilos, etc., sin ser víctimas directas, convivan en el ámbito de la violencia doméstica a otros miembros de la familia; si hay un dato recurrente en el historial criminológico de los matratadores es el de haber sido objeto de malos tratos en la infancia o haber sido expuesto a ejemplos de violencia intrafamiliar; en efecto, el maltrato doméstico forma parte de una perniciosa herencia cultural. Si, cuando se conculca con especial intensidad un básico deber asistencial, como es el de sustento, el legislador prevé esta posibilidad (art. 226.2 Cp.), la misma parece idónea cuando se vulnera en tal grado el deber formativo respecto de los hijos adiestrados en el ejercicio o en el padecimiento de la violencia doméstica .

De otra parte, el art. 57 Cp. permite la aplicación de una pena accesoria al delito de malos tratos intrafamiliares. Este precepto ha sido felizmente ampliado en la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, y aunque es de aplicación en un amplio abanico de delitos, no es de extrañar, precisamente, haya sido impulsado en el seno de una reforma penal en torno a la protección de las víctimas de maltrato doméstico.

En su primera redacción de 1995 ya se preveía la posibilidad de acordar la prohibición de que el reo volviera al lugar de los hechos o a aquel en que resida la víctima o su familia por un máximo de cinco años, pudiéndose acotar dicha zona con flexibilidad, según ha entendido la Fiscalía General. A tenor de la nueva redacción del art. 57 Cp., (avanzada parcialmente en la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*,) además de la mencionada prohibición de regreso al lugar comisivo o de residencia familiar, se podrá prohibir la aproximación, o comunicación, del victi-

mario con la víctima, sus familiares u otras personas que se determinen judicialmente. Pero la LO. 14/1999, de 9 de junio incorpora una adición relevante: las mencionadas prohibiciones, hasta un límite de seis meses, podrá ser impuesta igualmente para punir los malos tratos constitutivos de falta (arts. 617 y 620 Cp.).

El Juez o Tribunal, en la imposición de esta pena accesoria, habrá de ponderar la gravedad de los hechos así como la peligrosidad del delincuente (atendiendo, así, a la reiteración y carácter creciente de la gravedad delictiva); Además, se establecerán las adecuadas medidas de vigilancia por parte de las Fuerza y Cuerpos de Seguridad para la verificación del cumplimiento, que, si no se produce, podrá determinar un quebrantamiento de condena (art.468 Cp.).

Estas nuevas prohibiciones (de acercamiento o de comunicación con la víctima o su entorno), vienen a clasificarse, según su duración, en el catálogo de penas del art. 33 Cp., en los reformulados núms. 2g) y 3f), así como en el añadido 4b).bis del citado precepto, como penas graves (más de tres años), menos graves (de seis meses a tres años) o leves (menos de seis meses). En cuanto pena leve, la nueva redacción del art. 57 Cp., como veremos, permite su imposición accesoria a las faltas de los arts. 617 y 620 Cp.

Por su naturaleza, el también reformado art. 39.f) Cp. clasifica estas nuevas prohibiciones ubicándolas entre las penas privativas de derechos. De acuerdo con dicha naturaleza, la actual redacción del art. 48 Cp. describe los términos de las nuevas prohibiciones, que en el caso de la imposibilidad de acercamiento, afecta al ámbito donde se halle la víctima sus allegados, domicilio, lugares de trabajo u otros frecuentados por dichas personas; la prohibición de comunicación afecta a cualquier medio de comunicación, informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual con la víctima, sus familiares o las personas que el Juez o Tribunal señale.

La introducción de estas medidas prohibitivas opera también en el ámbito de las medidas de seguridad: el nuevo art. 105.1.Cp añade una letra g) donde se ubica esta proscripción de aproximación o comunicación.

El ámbito aplicativo de las nuevas prohibiciones se extiende asimismo a la fase procesal y a la de ejecución de sentencias. Respecto de esta última, en el caso de que, de acuerdo con los arts. 80 y ss. Cp., se decidiera la suspensión de la ejecución de la pena, el juez podrá imponer al penado alguna de las medidas del art. 83.1. Cp., siendo muy adecuadas la prohibición de acudir a determinados lugares (nº. 1º), la participación en programas formativos (num.4º) o el cumplimiento de otros deberes de rehabilitación social (nº. 5º). La modificación de este precepto abre un espacio a las prohibiciones de acercamiento o comunicación en el nuevo nº. 1ºbis). Recordemos, asimismo, que en la concesión de libertad condicional, el art. 90.2 posibilita imponer al penado alguna de las reglas del art. 105 Cp., que, como sabemos, contiene también las nuevas prohibiciones.

En cuanto a la fase procesal, *la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, además de realizar un simbólico esfuerzo depurador (suprime las menciones a conductas ya atípicas, como las de adulterio o amancebamiento, o la última referencia normativa a la obediencia debida al marido por la mujer, arts. 103 y 104 LECr.), realiza importantes reformas sustantivas a la LECr. Modifica, así, el art. 13 LECr., coordinándolo con el también ampliado art. 544 bis) LECr. al que remite, regulador de nuevas medidas cautelares idóneas para la protección de las víctimas en este ámbito de criminalidad. Así, en las primeras etapas procesales, como primera diligencia, el art. 13 LECr. permite adoptar cualquiera de las nuevas medidas cautelares del añadido art. 544 bis); el mismo, prevé, en los casos de las infracciones señaladas en el art. 57 Cp. flexibles medidas de prohibición de residencia así como la prohibición (graduada) de aproximación o comunicación con determinadas personas.

Tal como se observa, el distanciamiento puede adoptarse no sólo como medida cautelar, sino incluso como primera diligencia en protección de la mujer victimizada. No existe, en principio, un vacío temporal que desampare a la mujer denunciante, si, presentada la denuncia en el juzgado, se observa la imprescindible inmediatez entre la denuncia de malos tratos y la intervención del juez, que podrá decidir esta primera

diligencia. Sin embargo, se denuncia, en la práctica, la falta de accesibilidad o burocratización que, en algunos juzgados, podría acarrear una zona temporal de desprotección para la mujer, a partir del momento en que se interpone la denuncia hasta que el juez llega a decidir la medida.

Otro de los recelos que la nueva medida suscita se centran en la incorporación de baremos de oportunidad relativos al victimario en la adopción de la medida de distanciamiento: así, el art. 544 bis) reclama, para la adopción de las prohibiciones, la atención a la situación económica, salud y situación familiar y laboral del inculpado. Se denuncia que un margen tan amplio de discrecionalidad podría dar al traste con la fluida aplicabilidad de estas medidas. De otra parte, el efecto bien podría ser inverso: aplicación de esta medida en supuestos en los que, por la peligrosidad del inculpado, el mero distanciamiento cautelar resulta insuficiente para la protección de la víctima.

Avanzando en el curso del presente estudio, además de las penas y medidas de seguridad apropiadas al supuesto, y del surgimiento de responsabilidades civiles en orden a la necesaria reparación de las consecuencias victimizadoras, hay que destacar la posibilidad de substanciación de un nuevo efecto civil nacido del delito, el acceso directo al divorcio, viene siendo objeto de debate parlamentario. Así, el Congreso de los Diputados estudia la modificación de los actuales art. 86 y 103 Cc., en especial en cuanto al punto 5º del primer precepto citado, incluyendo como causa de divorcio no sólo la condena por atentado contra la vida del cónyuge sino asimismo la que condene por malos tratos domésticos graves. De la responsabilidad penal por la causación de malos tratos nacería la opción de acceso al divorcio sin pasar por el trámite de separación, período cronológico en el que, criminológicamente, parece verificarse un recrudecimiento de la violencia y acoso psicológico de la mujer por el marido.

Finalmente, en el comentario del delito de maltrato doméstico, y como ya hemos anticipado, ya el legislador de 1995 aportó una afortunada cláusula concursal, incluso entre un delito de lesión y los malos tratos. La solución normativa del Código penal de 1995 contradecía la que se había entendido pertinente en la situación anterior (así, la Fiscalía

General en la Circular 2/1990 estimaba procedente el concurso de normas: la lesión, por su mayor amplitud y gravedad, consumiría la conducta de malos tratos, desplazándola) se fundamenta en la delimitación de un bien jurídico diferenciado entre lesión y maltrato, que no permite la absorción. En la reforma de 1999, en coherencia con la incriminación del maltrato psicológico, se extiende el ámbito del concurso: el maltrato doméstico podrá concursar con los actos autónomos de violencia física o psíquica substanciados.

De acuerdo con dicho entendimiento la violencia doméstica puede ser un marco o contexto de criminalidad autónoma, en cuyo núcleo se podrán apreciar delitos como los que sugiere la Fiscalía General en la Circular 1/1998: delitos de homicidio (arts. 138, 142 y 621), asesinato (art. 139), inducción al suicidio (art. 143), aborto (arts. 144 y 146), lesiones al feto (arts. 157 y 158), lesiones, cualificadas o no, y mutilaciones (arts. 147 y ss., 617 y 621), detención ilegal (art. 163) amenazas y coacciones (art. 169 y ss. y 620) trato vejatorio (art. 173), agresiones sexuales (arts. 178 a 180), y allanamiento de morada (art. 202). Es significativa la omisión de los abusos sexuales no consentidos o de prevalimiento. Puede inducirse que, como orientación interpretativa aportada por la Fiscalía General, se ha querido poner de relieve que los atentados sexuales perpetrados en un contexto de malos tratos, serán eminentemente agresiones sexuales, bien cometidas con violencia o con la intimidación ambiental predicable de este *terrorismo doméstico*.

Cuestión particular se suscita en torno a la posibilidad de calificar como lesión psíquica el característico *Síndrome de la Mujer Maltratada*, S.M.M, subtipo de síndrome de stress postraumático, que se singulariza por un cuadro clínico de embotamiento emocional, destrucción de la autoestima, aislamiento, pérdida de autonomía, desamparo aprendido, depresión, etc. Cuando este cuadro se genere en toda regla, a consecuencia de las conductas de malos tratos, precisándose tratamiento médico o quirúrgico, será procedente apreciar delito de lesión (art. 147 Cp.) por vulnerarse la salud e integridad psíquica de la víctima, en concurso con el delito de maltrato doméstico.

La apreciación de este síndrome puede tener proyección en el terreno de

la exención de responsabilidad. La cuestión se ha suscitado en el ámbito anglosajón, vertebrado el debate en torno a la posible estimación de legítima defensa en supuestos en los que la víctima da muerte a su compañero violento. Las soluciones en torno a la incidencia penal del SMM son variadas en el ámbito comparado: se ha llegado a considerar un trastorno con repercusión eximente, pero, con mayor frecuencia, se atenúa o disminuye la responsabilidad en base al trastorno mental o arrebató emocional; en la misma línea, se ha excluido la intención de matar, castigándose como homicidio culposo. La defensa propia, por el contrario, no prospera por entenderse que un recurso como el homicidio no puede estimarse respuesta necesaria, proporcionada, inmediata a una agresión.

En nuestro país, el modo objetivo en que se interpretan los requisitos de la legítima defensa mal permite encajar la hipótesis en el art. 20.4º. Eminentemente, falla el requisito de la necesidad racional del medio empleado. Es evidente que el recurso al homicidio sólo es necesario subjetivamente, no desde una perspectiva racional objetiva. Pero ahí, en esa falta de racionalidad puede fundarse, precisamente, una eventual excusa de la homicida maltratada, por miedo insuperable; también podría ser adecuada la apreciación de estado de necesidad putativo -el mal en el estado de necesidad no necesita ser inmediato, sino meramente latente (STS. 21 de enero de 1986). La vía doctrinalmente más expedita será, probablemente el miedo insuperable o el trastorno mental.

También son de posible substanciación en el marco doméstico los delitos contra el honor y la propia estimación (arts. 205 y ss.), como las calumnias e injurias, que podrán concursar con los malos tratos físicos o psicológicos.

En relación con los delitos patrimoniales causados por el autor a su víctima, cónyuge no separado, ascendiente o descendiente propio o del cónyuge o conviviente, y que no hayan sido perpetrados con violencia o intimidación, las conductas sólo generarán deudas civiles, no siendo perseguibles penalmente en virtud de la excusa absolutoria del art. 268 Cp. Resulta poco aceptable, desde un punto de vista político criminal que se abra semejante espacio de impunidad, para delitos como la apropiación indebida o estafa, a las que la víctima del maltrato queda espe-

cialmente expuesta por su característica dependencia y aislamiento social. Cuando menos, la excusa absolutoria, que no es susceptible de aplicación extensiva (STS. 26 de diciembre de 1984), no concierne a los delitos patrimoniales no violentos o intimidatorios o delitos patrimoniales cuya víctima sea persona ligada por análoga relación de afectividad (de lo que, por otra parte, resulta un agravio comparativo)

En suma, de acuerdo con la solución definitivamente aportada por el art. 153 Cp., de sustanciarse cualquiera de estos u otros delitos, procederá el castigo del mismo, con total independencia de la pena que se asigne por el delito de malos tratos domésticos.

4.2 FALTAS CONTRA LAS PERSONAS EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (ARTS. 617 Y 620 Cp.)

Art. 617. "1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 Cp, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar".

Art. 620. "Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º. Los que de, modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria, o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a la que se refiere el párrafo anterior de este artículo excepto para la persecución de las injurias”.

De este modo quedan configurados los preceptos susceptibles de contemplar el maltrato doméstico en el ámbito de las faltas: la falta de lesión y el maltrato de obra (art. 617 Cp.) así como las amenazas leves con armas o amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve (art. 620 Cp.). El reformador de la *LO. 14/1999* transforma los párrafos finales de ambos preceptos, incorporando al último de los citados un nuevo inciso de cierre.

En cuanto a la modificación operada en el art. 617.2 CP (maltrato de obra constitutivo de falta) se extiende la esfera de sujetos pasivos que determinan la cualificación de la falta, ajustándola a los términos en que aquellos se contemplan en el art. 153 Cp.: por ello, también en este precepto quedan las víctimas protegidas respecto de ex cónyuges o ex-convivientes. En cuanto la opción judicial por la pena alternativa de multa prevista en el tipo, se establece formalmente un criterio victimológico de ponderación en la determinación de la sanción: la repercusión que la pena pecuniaria pueda tener sobre la víctima. La consideración, así, se centrará en los perjuicios económicos que, en orden a la prestaciones económicas familiares, pueda causar a la víctima la disminución patrimonial del obligado que resulte penado con multa.

Por su parte, la modificación del art. 620 Cp. supone la reformulación con idéntica remisión al art. 153 Cp. en el supuesto de la modalidad cualificada, en cuyo caso también aquí el Juez, en la fijación de la pena, tendrá que contar con la posible incidencia contraproducente de la multa sobre la propia víctima o su familia. Otra de las novedades de la

LO. 14/1999 es la posibilidad de perseguir de oficio estas conductas, con la única excepción de las injurias leves, que siguen precisando denuncia del agraviado.

En armonía con los cambios operados en los citados preceptos penales, el art. 104 LECr. resulta alterado por la *LO. 14/1999* excluyéndose a la falta de malos tratos del ámbito de infracciones perseguibles sólo a instancias del ofendido o sus legítimos representantes.

El perfeccionamiento normativo de estos preceptos resulta de básica importancia en el ámbito criminológico que aquí se analiza, habida cuenta de la doble función que pueden asumir las conductas de malos tratos constitutivos de faltas: más allá de la vulneración de la incolumidad personal que implican, su relevancia aumenta por cuanto sirven a la acreditación de la habitualidad precisa para tener configurado el delito de maltrato doméstico del art. 153 Cp. Por estas razones, la reforma de *LO. 14/1999*, en cuanto atañe a la modificación de la LECr., ha cuidado también de mejorar el régimen procesal de las faltas. Muestra de ello, además de las ya citadas modificaciones de la LECr., que armonizan con las respectivas alteraciones del Código penal, es la reforma del art. 14 LECr., que, por la trascendencia de la materia a la que afecta, excluye la competencia del Juez de Paz respecto de los juicios por faltas del art. 620 Cp., cuando afecten a supuestos de malos tratos intrafamiliares.

Por último, no hay que olvidar que el último inciso del reformado art. 57 Cp. permite la imposición accesoria de medidas de distanciamiento o incomunicación también en el ámbito de las faltas de malos tratos aquí demarcado.

4.3 OTRAS REFORMAS VICTIMOLÓGICAS CON RELEVANCIA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Las recientes leyes de reforma del Código penal, *LO. 11/1999* y *LO. 14/1999* aportan, como ya comentamos en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, unas reformas de amplio espectro aplicativo que, sin embargo resultan especialmente apropiadas a las esferas criminológicas de los delitos de género.

En relación con los malos tratos, además de la creación de las prohibiciones de acercamiento o comunicación, antes expuestas, es de mencionar la nueva previsión del art. 109 LECr., operada por la reforma de la *LO. 14/1999*: a tenor del último párrafo incorporado a este precepto, y respecto de los procesos que se sigan por los delitos del art. 57 Cp., es obligación del Juez comunicar a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad; Por desgracia, esta preceptividad no se hace extensiva a la fase de ejecución, en la que la víctima debería ser igualmente informada en el mismo sentido (por ejemplo, y prototípicamente, en el caso de acceso a la libertad condicional del penado).

También en el supuesto de que los malos tratos afecten a menores de edad, la reforma de la LECr., *LO. 14/1999*, va a posibilitar la articulación de medidas especiales para suavizar el impacto procesal sobre el menor, tanto en su declaración en la instrucción así como en la fase del juicio oral. En este sentido, se incorpora la posibilidad de evitar la confrontación visual, pudiéndose emplear substitutivamente para su declaración cualquier medio técnico o audiovisual arts. 448 y 707 LECr.; asimismo, o se formula la proscripción genérica de la práctica del careo entre menor de edad y acusado, que en todo caso, será la regla general en la instrucción tanto como en el juicio oral arts. 455 y 713 LECr.

Por último, se modifica el régimen de la prescripción del delito, en los ámbitos delictivos señalados en el nuevo inciso del art. 132.1. Cp., cuando se trate de menores de edad, en cuyo caso, el cómputo de los plazos se iniciará el día en que el menor alcance la mayoría de edad o, si muere antes, desde su fallecimiento.

Sin duda alguna, el abordaje público del problema del maltrato doméstico empieza a dar frutos normativos, desde cada vez más variadas instancias. A este respecto, cabe señalar los esfuerzos de la Fiscalía General, que promueve la creación de un Registro especial de causas de violencia doméstica, que vendrá a alimentarse con los datos de interés procedentes de las incoaciones de procedimientos, penales y civiles, por hechos de violencia intrafamiliar. Este Registro será una herramienta básica para la configuración del elemento de habitualidad y, en una macrovisión, para conocer el alcance de la violencia doméstica denun-

ciada. Desde la citada instancia, se reclama de los Fiscales un especial esfuerzo en la detección de la conexidad de las causas, y, por último, se elaborará una específica estadística sobre malos tratos domésticos, con apoyo en los datos registrales disponibles.

5. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES

PLANTEAMIENTO

La introducción en nuestro sistema penal de la figura de *abandono de familia* corrió por cuenta de la Ley de 12 de marzo de 1942, que vino a incorporarse finalmente al Código penal de 1944 en el art. 487 ACp. La impertinente rubricación del tipo como delito contra la libertad y seguridad hicieron que una perpleja doctrina saludara tal ubicación como exótica. Pero aún inserto en dicho cajón de saetre axiológico, es indudable que el tipo viniera guarnecido por no pocas connotaciones propias de moral familiar estrictamente convencional. De un lado, como primera modalidad, se reprobaba jurídicamente el desamparo material al que se sometía a la familia vinculándolo formalmente a un abandono domiciliar malicioso (art. 487.1 ACp.) o a un preceptivo fundamento inmorral (conducta desordenada) del abandono (art. 487.2 ACp.); de otro, en el segundo inciso, se hacía depender el abandono a una incapacidad para trabajar (menores e incapaces) o bien a situación de necesidad (cónyuge no separado, o separado por causas no imputables a su persona; esta última referencia remitía al pantanoso concepto de la asignación de culpa en el frecuente "pandemonium" de los conflictos familiares, donde la mujer, consabidamente no estaba precisamente situada en posición de fuerza.

Como no podría ser menos, este delito, pensado en principio para proteger reforzadamente las situaciones de desvalimiento de los miembros más vulnerables, no dejó de ser esgrimido como arma en contra de la mujer, que, así, hubo de encarar imputaciones de abandono en supuestos de huida del domicilio familiar por imperativos del miedo, el apremio de las amenazas de violencia, la necesidad de presentar una demanda de divorcio o el incumplimiento del deber de fidelidad (SSTS. 31 de octubre de 1968, 21 de abril de 1971 y 27 de mayo de 1968). Más aún, la STS. 10 de noviembre de 1971, apreció *abandono de familia* por razón de incumplimiento del débito conyugal. La coerción sexual violenta de la esposa estaba perfectamente legitimada, pero, como se comprueba, los más cortesés podían optar por las vías penales de compulsión.

En la nueva floración normativa del Código penal de 1995, el *abandono de familia* reaparece objetivado y depurado de toques melodramáticos (malicia, conducta desordenada, imputación de las causas del conflicto matrimonial). Ello no puede implicar que la percepción del legislador del bien jurídico protegido, la institución familiar, devenga materialista o venal. Si bien la doctrina suele rechazar el encaje típico de omisiones asistenciales morales, ello no significa que sólo la desatención económica sea objeto de desvaloración en el presente art. 226 Cp.

Por su parte, el *impago de prestación económica familiar* se introdujo en virtud de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, creándose así, en el art. 487 bis ACp., un tipo penal consagrado a la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, según se expresaba la Exposición de Motivos. La reprobación de la conducta del impagador se basaba, así, en confesos motivos de solidaridad pública con tales víctimas. La creación de la figura ofrecía una coherente respuesta normativa a una fuerte demanda social, marcada por la extrema situación de apremio a la que se veían abocados los miembros familiares más vulnerables y dependientes, en situaciones de crisis familiar. Este delito venía avalado por precedentes comparados e incluso, dentro de nuestro sistema, históricos, ya que la Ley de Divorcio de 1932 contemplaba asimismo una hipótesis de impago de pensiones punible.

No se trataba *stricto sensu* de una laguna absoluta, ya que alguna de las situaciones de desamparo entraban en el presupuesto criminal del abandono de familia (más estricto en su ámbito -sólo lo indispensable para el sustento- y riguroso en sus requisitos). Pero el abandono, en cualquier caso, dejaba fuera de cobertura las prestaciones legalmente establecidas para el ex-cónyuge tras un divorcio o declaración de nulidad (en efecto, el tipo de abandono sólo acoge al cónyuge, condición que ya no se posee después de la ruptura o anulación vincular). Expedita estaba la vía de perseguir tales incumplimientos como desobediencia a la autoridad (art. 237 ACp.), posibilidad, sin embargo, inédita en la práctica. Para salvar situaciones efectivas de indefensión, era preciso servir el tipo "en bandeja", y así lo hizo la citada Ley de reforma de 1989.

La doctrina procedió a un riguroso manto de la nueva criatura normativa, que, en general, fue estigmatizada como el espurio producto de una incursión del Derecho penal en la esfera civil, tanto como pernicioso rebrote de la victimizante y superada prisión por deudas. En este, como en tantos otros ámbitos, el mantenimiento de una idílica pureza institucional, lustrada por principios incontestables, se enfrenta con la apertura de vías de oportunidad, incuestionablemente más peligrosas, pero ciertamente resolutivas para quienes se ven abocados a situaciones ya máximamente insostenibles. A los aplicadores de la ley penal les compete, sin embargo trabajar en la conciliación de los intereses victimológicos y el rigor de los dogmas penales: la amenaza para estos últimos reside, precisamente, en la aplicación y no en la propia existencia del tipo, pues no es ésta, precisamente, la única figura penal que refuerza compromisos civiles de signo económico.

Es manifiesto que la mujer ocupa parte eminentísima en el trasfondo victimológico de esta conducta. Sobre ella no sólo gravita el peso de su propio desamparo material, sino que al mismo se incorpora la carga económica y moral del sostenimiento y formación de los hijos. Si se atiende a los perfiles prototípicos de la mujer víctima de estos delitos, se descubre a un ama de casa, sin formación laboral o profesional ni expectativas de trabajo, con hijos convivientes a su cargo, y que padece el desamparo durante un período mucho más amplio que el que genéricamente establece el delito. Incuestionablemente, la conminación penal al pago en tales circunstancias no es un recurso maximalista.

5.1 ABANDONO DE FAMILIA

Art. 226. "1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años".

El delito del art. 226 Cp., *abandono de familia*, se regula en el Capítulo III, dentro de los delitos contra los *derechos y deberes familiares*, integrado en el Título XII protector de las *relaciones familiares*. Esta figura encabeza la selección de modalidades de abandono reguladas en la Sección 2º, contemplando la conducta de *abandono de familia stricto sensu*. Es claro que, en el marco específico delimitado por las modalidades de abandono, los requisitos de mínima *intervención y fragmentariedad* del Derecho penal requieren un presupuesto carencial común, a salvo las especificidades de cada figura. Esa carencia se manifiesta como déficit atencional en el plano socio-económico y, en el caso de descendencia, también formativo, tuitivo y moral. La carencia es manifiesta en caso de desatención integral a los hijos, (o figuras tutelares asimiladas). Cuando la desatención sólo afecta a obligaciones civiles de contenido económico, la delimitación del genuino ilícito penal reclama la concurrencia del citado presupuesto carencial.

En ocasiones el mismo viene explícitamente incorporado al tipo, en tanto, en otras modalidades, será fundamento mínimo de la necesidad de intervención penal. Sin embargo, de cada modalidad se desprenden distintos niveles y calidades de necesidad auxiliabile, lo que, a la vista de la falta de explicitud legislativa, las heterogéneas interpretaciones suscitadas pueden generar indefensión.

Lo mismo que en la figura inmediatamente antecesora, la incriminación del abandono recurre a la técnica de la norma penal en blanco, de modo que para dotar de contenido la referencia a los deberes legales de asistencia así como asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento, hemos de acudir a la normativa civil apelada por tales conceptos.

La primera modalidad es la de *incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar*. Este artículo protege tanto a los hijos matrimoniales como a los habidos fuera del matrimonio, iguales ante la ley (art. 39.2 CE) con total independencia de su filiación (STS. 3 de marzo de 1987 y STC. 15 de noviembre de 1990). Igualmente sujetos pasivos son los pupilos o personas sometidas a guarda o acogimiento familiar. De la propia construcción del tipo se desprende que los cónyuges y ascendientes no son

sujetos pasivos de esta primera modalidad, reservada a los titulares de los derechos asistenciales propios de las instituciones invocadas: patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar.

La mejor doctrina entiende que por la literalidad del concepto tanto como por imperativos de *mínima intervención*, la desatención ha de venir referida al conjunto de los deberes asistenciales, en valoración cuantitativa. Además requiere unas mínimas condiciones de durabilidad, careciendo de relevancia típica las desatenciones incidentales, intermitentes o retardadas (STS. 30 de enero de 1989).

Por la obligada remisión a la que nos somete el legislador al ámbito civil debemos acudir a la regulación de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar. A grandes rasgos, y salvando las especificidades de cada figura, son deberes alimentarios, formativos, sanitarios, de custodia y de administración de bienes (vid. arts. 154, 269 C.c.). Ello indica un substrato de protección que trasciende de lo meramente económico; la jurisprudencia incluso ha declarado que el tipo engloba deberes morales (STS. 18 de mayo de 1987). La mejor doctrina descarta que derechos eminentemente privados (así, el *derecho de corrección*) sean penalmente coercibles.

En relación con el desamparo o rechazo familiar que arrostra con gran frecuencia la menor sometida a patria potestad en supuestos de embarazo, hay que señalar que los gastos de la gestación y el parto quedan bajo el resguardo normativo de la presente norma, en cuanto integrados en los deberes de asistencia.

La desatención típica comporta, así, una conducta de omisión dolosa. El tipo se concreta por la mera conducta omisiva sin que se vincule a un necesario abandono injustificado de domicilio o a conducta desordenada. La mera arbitrariedad, capricho, indiferencia pueden ser determinantes de abandono familiar (SSTS. 27 de septiembre de 1991 y 15 de octubre de 1991).

Una cuestión polémica es la concurrencia del presupuesto carencial propio del ámbito típico. De los términos del precepto se desprende que no es una carencia de contenido exclusiva e intensamente económico. Por

el contrario, la carencia es de contenido general, vinculada a una integral omisión de cuidados paterno-filiales o tutelares: en cambio, no será necesario que la desatención material tenga una presencia cualificada, que sí es preciso que concurra en la modalidad anexa. Así, como veremos, en el segundo inciso, la situación de necesidad de las víctimas es elemento típico, ya que, por vulnerarse exclusivamente una de tales obligaciones (la alimentaria) la comisión habrá de flanquearse de mayores requisitos.

De ahí que resulte poco subscribible la interpretación del Tribunal Supremo cuando ha extendido la exigencia de necesidad (absoluta y equivalente a indigencia) a esta primera figura; ni los términos normativos avalan tal extensión, ni una interpretación sistemática la justifica. Así, se estimó que no había abandono en un caso de dejación paterna absoluta de deberes asistenciales, a lo largo de siete años, por estimarse, fundamentalmente, que no concurría situación de necesidad (la hija, incapaz, percibía una pensión), STS. 28 de mayo 1998. Como se ha apuntado, es la especial intensidad del desamparo un elemento diferencial entre las dos conductas de abandono contempladas en el art. 226 Cp., siendo exigida sólo en la segunda.

Es criminológicamente recurrente que las consecuencias de victimización recaigan indirectamente en la figura de la madre, sobre la cual va a gravitar unilateralmente la carga de la crianza, formación y sustento de los hijos abandonados. Hay que señalar que en tales supuestos, los posibles perjuicios materiales y morales para la mujer son reclamables como perjudicada por el delito. En los supuestos de crisis matrimonial, si el impago de prestaciones se integra en una cesación general de deberes asistenciales la vía de este 226 Cp. parece un recurso teóricamente más específico y adecuado que la del 227 Cp., contando, además con la posibilidad de pérdida de patria potestad a la que el 226. 2 Cp. habilita. Solución, sin embargo, cuya utilización no es precisamente auspiciada por la línea interpretativa de la citada STS. 28 de mayo de 1998.

La segunda modalidad protege al cónyuge o ascendiente, reforzando penalmente la obligación de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento. Sujetos pasivos son descendientes, ascendientes o cón-

yuge que se hallen necesitados. La prestación asistencial objeto de la omisión es claramente la de *alimentos* (arts. 142 y ss. C.c.). En cuanto al presupuesto típico de la *necesidad*, parece obligado entenderla aquí como situación material de intenso desamparo o precariedad de medios. Parece mezquino y teleológicamente contraindicado, sin embargo, restringirlo a situaciones de efectiva indigencia, sosteniendo que el socorro por tercera persona hace decaer el elemento típico (STS. 28 de mayo de 1998).

No es éste un tipo cualificado respecto de la figura de *impago de prestaciones familiares*, art. 227 Cp., lo que, en la práctica, comporta una situación de agravio comparativo en algunos supuestos victimales. Así, la desprotección de la mujer casada respecto de la separada o divorciada. En efecto, la mujer casada sólo se ve protegida, en supuestos carenciales extremos, respecto de mínimos alimentarios. La separada o divorciada ve protegida su prestación, cualquiera que sea amplitud de la misma, sin requerirse típicamente un estado de necesidad. La punición en ambos casos es idéntica.

En otro orden de factores, en la anterior incriminación, esta modalidad, que la jurisprudencia entendía como tipo cualificado, requería asimismo abandono domiciliario malicioso o conducta desordenada. La malicia era interpretada como falta de motivación o fundamento, ausencia de justificación *racionalmente admisible* STS. 25 de enero de 1968. La cuestión es el punto de vista adoptado para entender lo admisible; así, con frecuencia, cualquier intervención de la mujer casada con incidencia en la decisión delictiva se interpretaba como determinación, precipitación o motivación del abandono, excluyéndose la malicia (STS. 7 de noviembre de 1989). Se empleaba, así, la técnica de la inculpación moral de víctimas, retirando a las mismas el amparo formal. El propio Tribunal Supremo enmendaba tan viciosa tendencia cuando, por ejemplo, declaraba que el hecho de que la esposa consintiere una fáctica separación no excluía la concreción del delito (STS 30 de octubre de 1990). A tenor de la redacción de 1995, no es extensible al dolo típico la antigua interpretación de la *malicia*.

En cuanto a las posibles causas excluyentes de responsabilidad, señala-

damente, el *miedo insuperable* (art. 20 6ª Cp.) o el *estado de necesidad putativo* (art. 20.5ª Cp.) pueden surtir efectos relevantes en el supuesto de la mujer que incurre en el abandono huyendo de un clima doméstico de violencia.

5.2 IMPAGO DE PRESTACIONES (ART. 227 CP.)

Art. 227. "1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas".

El delito del actual art. 227 Cp. se regula en el Capítulo III que regula los delitos contra los *derechos y deberes familiares*, integrado en el Título XII protector de las relaciones familiares. Se incorpora, así, a la Sección 2ª como modalidad de *abandono de familia*.

El tipo exige como presupuesto la existencia de convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, determinantes de la prestación objeto de impago. Se excluyen los convenios privados sin homologación judicial. Tales prestaciones derivan de crisis familiares (proceso de separación, divorcio, nulidad); además de dichas hipótesis, la nueva regulación incorpora las prestaciones determinadas en proceso de filiación o de alimento a favor de los hijos, con lo que se salva la situación de desigualdad que suponía no comprender en el tipo las prestaciones a los hijos no matrimoniales, (queda, sin embargo, fuera de cobertura la convivencia de hecho análoga al matrimonio).

La conducta típica exige el impago de cualquier prestación económica de fijación judicial en un período marcado legalmente en dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, lo que supone una notable reducción de los plazos de impago, antes fijados en dos y cuatro meses de impago sucesivo o discontinuo, respectivamente. Doctrinalmente se ha criticado este mayor rigor legislativo, por más que haya estudios criminológicos que revelan una criminodinamia general marcada por períodos de impago aún más amplios que los de la antigua normativa.

Otra de las novedades atañe a la nueva cobertura del impago de prestaciones que no sean de tracto sucesivo, impuestas conjuntamente a las de vencimiento periódico o con carácter único.

Así, la indemnización al cónyuge de buena fe en supuesto de nulidad (art. 98 C.c.) o la substitución de la pensión judicial acordada por renta, usufructo o entrega de capital (art. 99 C.c.).

Se trata de una conducta omisiva. El dolo habrá de abarcar la existencia de convenio o resolución judicial y la voluntad renuente al pago. Como señala la Circular nº 2/199 de la Fiscalía del Estado, firme la resolución judicial y notificada la misma al obligado, este conocimiento y la voluntad de impago reiterado configuran el dolo típico. Se aduce a menudo que el elemento subjetivo tiene que abarcar una marcada renuencia al pago, sólo fundamentable en una desatención de previa reclamación civil. Sin embargo, los términos del precepto en absoluto convocan la presencia de dicho elemento subjetivo; la voluntad de impago sostenida a lo largo de los períodos marcados es aquí la auténtica renuencia relevante como dolo, sin precisión de ulteriores refuerzos.

La insolvencia, hecho personal de exculpación, ha de ser probada por quien la invoca, por más que se haya sostenido una secuencia inversa, de signo antivictimológico: esto es, que es la solvencia, en cuanto elemento típico, lo que ha de ser acreditado por la parte acusadora. La inexigibilidad de la conducta cifra, en puridad, una causa de justificación, aquí, en virtud de *estado de necesidad*, y el obligado habrá de probarla. Eso sí, hecha esta prueba, el delito no puede estimarse come-

tido, so pena de desempolvar el triste expediente de la responsabilidad objetiva por el producto.

En cuanto a la punición (ocho a veinte arrestos de fines de semana), se observa que se equipara con la asignada al *abandono* del art. 226 Cp., a salvo la posibilidad de pérdida de patria potestad, tutela guarda o acogimiento familiar, propia de esta última figura. Sin embargo, en la situación anterior al Código penal de 1995, existía una gradación de la responsabilidad entre la conducta de abandono y la de impago, siendo la primera de las conductas acreedora a una mayor punición. Ahora la punición es idéntica, lo que, incuestionablemente suscita un agravio comparativo para las víctimas que se ven privadas del mínimo legal de subsistencia respecto de las que sufren la omisión del pago de prestaciones más amplias.

En el caso de niveles económicos bajos, disminuye o se nivela la desproporción, ya que, en la práctica, el ralo contenido económico de la prestación equivale sustancialmente al mínimo legal de subsistencia. De ahí que se haya propuesto reservar el tipo de *impago* a las hipótesis familiares absolutamente carenciales, valorando la situación de necesidad como exigencia del tipo. Sin embargo ello contradice el tenor del precepto que en ningún momento incluye tal reserva, y restringiría desmedidamente el ámbito típico, (más aún considerando la cicatera valoración jurisprudencial de la situación de *necesidad*, como equivalente a indigencia). Ciertamente, hubiera sido preferible, en perspectiva proporcional, castigar cualificadamente la dejación integral de deberes asistenciales así como la reducción de los necesitados a grave situación de desamparo, sea en el ámbito victimológico del abandono de familia como en el propio del impago (criterio en otras ocasiones observado, así, arts. 235 4º, 241. 1º y 250 6º Cp.).

Ya que no ha sido así, parece excesivo rechazar el amparo penal de las familias que consiguen, bien que mal, sortear con valentía situaciones de máxima degradación al precio de enormes sacrificios personales, significadamente, por parte de la mujer. Como expediente para salvar el principio de proporcionalidad, el coste victimológico parece tan desmedido como grosero el remedio. Claro está que la vía civil será siempre la

pertinente a aquellas situaciones familiares acomodadas que no reclamen esa extraordinaria conminación penal al pago, por inexistencia absoluta de presupuesto carencial inherente a estas figuras.

El legislador exige que la responsabilidad civil *ex-delicto* incorpore preceptivamente el pago de las cuantías adeudadas (art. 227.3 Cp.). Con ello se aparta del criterio jurisprudencial y doctrinal que rehusaba a tales cantidades calidad de perjuicio dimanante del delito, dada su preexistencia al mismo.

Tal postura comportaba la reconducción a una ejecutoria civil para obtener dicho cobro. La postura legislativa del Código penal 1995 es una manifestación más de la preeminencia que adquieren las modernas concepciones en torno a la reparación. La deuda sin duda es de origen civil, pero no así ese específico desequilibrio familiar, que a veces es puro desamparo, causado por la reiterada desatención a tan básicas obligaciones. La reintegración de las cantidades no es, así, un anexo a la reparación sino que asume naturaleza reparadora. Lógicamente, si las cantidades se abonan total o parcialmente antes de la celebración del juicio oral, procederá la apreciación de la atenuante 21. 5ª Cp.

Art. 228. “Los delitos previstos en los dos artículos anteriores sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

Si el delito de *abandono de familia* ya poseía carácter semi-público, el presente artículo extiende ese régimen también al *impago de prestaciones familiares*. Iniciado el proceso, el conflicto gozará en todo caso de impulso oficial. Se retira así la relevancia extintiva del perdón, expreso o presunto, del ofendido que la normativa anterior reservaba a hipótesis de abandono de familia (no a las de impago). Con ello se refuerza la naturaleza íntimamente privada de ambas conductas contra las relaciones familiares, cuya razón de ser ha de trascender los meros propósitos espurios de ganar posiciones de fuerza en los procesos civiles.

En todo caso, el Fiscal habrá de intervenir en amparo de menor, inca-

paz, o persona desvalida. La acertada inclusión de persona desvalida nos remite a situaciones de acentuada indefensión moral (así, víctimas desmoralizadas por la pobreza, anímicamente embotadas por la degradación de su medio o directamente coaccionadas por el causante del abandono, en cuyo caso procederá un concurso de delitos).

6. TRATO DISCRIMINATORIO POR MOTIVOS SEXISTAS

PLANTEAMIENTO

La proclamación constitucional de la igualdad como valor supremo del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), tanto como la consagración efectiva del principio de igualdad (art. 14 CE) implica asumir como objetivo la búsqueda y mantenimiento de paridad formal y material entre los ciudadanos. Negativamente, despunta así un deber público de abstenerse de dispensar tratos discriminatorios, al tiempo que, positivamente, obliga a la protección de la sociedad frente a toda conducta de discriminación, a la promoción de aquellos ciudadanos que encuentren en situaciones de desventaja (art. 9.2 CE) y, finalmente, a la asunción de una efectiva política formativa que socialice a los individuos en el rechazo a la discriminación así como en el respeto a la igualdad y dignidad personal.

Es claro que, en este ámbito, la toma de postura del Derecho penal precisaba un firme suelo constitucional, que posibilitara la asunción pública de la defensa de la mujer ante la discriminación: la misma sólo ha sido posible sobre la base de la consagración constitucional del principio de igualdad, momento a partir del cual se empieza a desarrollar la voluntad pública de máxima defensa de los valores igualitarios.

Como tímidos precedentes se señalan la Ley 26/1976, de 19 de julio que incorpora al derecho penal un novedoso tipo de asociación ilícita promotora de diversas suertes discriminación. A partir de ahí, la cosecha de tipos penalizadores del trato discriminatorio va en aumento, con la creación en 1983 de sendos tipos de discriminación directa, cometidos, respectivamente, por particulares y funcionarios (arts. 165 y 181 bis), que se esforzaban por obedecer las directrices comparadas y de Derecho internacional rectoras en la materia. Los Proyectos de Código penal de 1992, y 1994 aportan finalmente los cimientos de la vigente regulación penal en esta esfera, regulación a la que, en materia de discriminación, quiso anticiparse, preventivamente, la LO. 4/1995, que introdujo las figuras de *apología de la discriminación* y la agravante genérica del *móvil discriminatorio*.

De enjundia constitucional es, así, el bien jurídico configurado en los llamados *delitos de discriminación*, entendido como un *derecho a la no discriminación*. Se configuran los tipos a partir de un efectivo trato de desfavor que viene a matizarse subjetivamente por la motivación discriminatoria. La discriminación constituye un tratamiento selectivamente desigual, ilustrado por una disposición anímica en la que coexisten un menosprecio aversivo junto a una correlativa autopercepción de superioridad.

En este núcleo de delitos el legislador penal reparte su protección diferenciando específicos colectivos de víctimas vulnerables cuyo derecho a la igualdad resulta conculcado por una conducta discriminatoria. Entre ellos, en alusión abierta e intergenérica, está incardinada, por derecho propio, la protección a la mujer frente a las conductas de aquellos que la discriminan por la sola razón de su género y de las condiciones biológicas que son propias del mismo-prototípicamente, la situación de embarazo, recurrente causa de discriminación en el ámbito laboral.

Estos delitos integran así una protección directa de la mujer en cuanto sujeto pasivo de un ataque al *derecho a la no discriminación*. Pero, asimismo, la discriminación puede motivar la agresión a bienes jurídicos distintos, en cuyo caso, como elemento accidental del delito, la circunstancia de agravación genérica 22 n.º. 4 Cp. se articula a partir de un eventual substrato discriminatorio informador del concreto delito. También en esta agravación se contempla desde una perspectiva neutra la hipótesis de discriminación de la mujer por *razón de sexo*, completándose el instrumental punitivo legalmente articulado a este respecto.

En el ámbito en el que ahora nos hemos de mover, no son infrecuentes las reticencias de la doctrina ante la posibilidad de mero juego simbólico del Derecho penal, reducido a espantajo testimonial cuyo ceño, desafortunadamente fiero, redunde en puro desmedro de su seriedad y credibilidad como instrumento eficaz en defensa de valores constitucionales. Es claro, en torno al principio de igualdad, el compromiso del estado no se agota, como hemos señalado, en la asunción formal de garantías, por la mera creación de cumplidos tipos políticamente correctos. El esfuerzo que la Constitución reclama de los poderes públicos también exige velar

por la aplicación de estos tipos, pensados para atajar situaciones de máxima gravedad, que deben complementar —nunca substituir— la selección de medidas generales socialmente formativas en promoción de la igualdad de los ciudadanos. Los eventuales efectos negativos de una ineficaz criminalización no pueden ser esgrimidos contra la necesaria y emblemática toma de postura de los poderes públicos en la defensa de máximos valores de convivencia en un Estado Democrático y de Derecho.

El móvil discriminatorio en cuanto agravante genérica (art. 22.4 Cp.)

Art. 22. "Son circunstancias agravantes :

4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca".

Agravación incorporada a nuestra regulación por la citada reforma (LO. 4/1995). En lo tocante a la defensa del trato igualitario a la mujer, la hipótesis se alude como *discriminación referente al sexo*. La referencia al móvil se vincula al substrato psicológico determinante del delito. La motivación del autor tiene que estar causalmente conectada a la perpetración delictiva, y no meramente concurrir en paralelo o superposición. Esta conexión resulta esquiva a la prueba, ya que asocia una actitud mental abstracta, (contraria a la dignidad e igualdad de las mujeres, en lo que aquí nos atañe como materia de estudio) y no referida a los caracteres objetivos de una víctima). La victimación, a este respecto no será sino la proyección concreta de una actitud personal discriminatoria, y, por ello, de tipo eminentemente subjetivo: en suma, se actúa ante un impulso sexista, esto es, suscitado por la condición de mujer, no por las condiciones de una mujer.

Por lo tanto, el machismo como actitud vital, el sexismo y, en definitiva, las actitudes ideológicas de tipo misógino integran el contenido de la presente circunstancia. Habrá que añadir que la *discriminación por*

razón de sexo, aquí, como en todos los tipos donde se contemple, incluye la proyección misógina hacia la figura de la mujer en cualquiera de sus aspectos psico-biosociales. El contenido abstracto y valor subjetivo de la circunstancia no queda, sin embargo, descartado cuando el móvil sexista no tiene proyección general absoluta (discriminación de toda mujer frente al hombre), sino parcial y selectiva (por ejemplo, la actitud mental motivadora no se refiere a todas las mujeres, sino a las de edad ya madura o carentes de atractivo sexual, las embarazadas, etc.).

Obviamente, el Derecho no depara un reproche reforzado en razón de la mera existencia de actitudes vitales incompatibles con los valores igualitarios, lo que sería intolerable por cuanto propio de un rechazable Derecho penal de autor. Se reprocha una objetiva materialización de la actitud antisocial, lo que se concreta cuando los planteamientos reprochables asumen una función fundamentadora y precipitativa del delito, instrumentación que los proyecta más allá del inviolable fuero interno.

Según se aprecia desde una perspectiva criminológica, en los llamados delitos sexuales, especialmente aquellos en los que mayor violencia se suscita, es recurrente que se consigne un substrato misógino que niega dignidad a la mujer y la valora en cuanto puro objeto. En no pocas ocasiones este substrato tiene mayor fuerza determinativa en la comisión de agresiones sexuales que el puro ánimo libidinoso que algunos entienden como elemento subjetivo del injusto. Así, por ejemplo, se comprueba en las comisiones grupales de agresión sexual perpetradas por bandas juveniles, constituyendo la concreta subyugación sexual una prueba de valía personal y refuerzo de la estima grupal: la comisión delictiva sólo proyecta una disposición anímica discriminatoria, consolidando el sentimiento de superioridad tanto como secundando la conceptualización instrumental de la mujer.

Es una causa aplicable a cualquier delito impulsado por móviles sexistas, con la obvia excepción de aquellos configurados en torno a la discriminación como elemento esencial, con los cuales es incompatible por razón de su inherencia.

Por cuanto supone una reprochable actitud personal, o, en la terminolo-

gía del legislador una *disposición inmoral* (contraria a valores de convivencia), no le afecta el régimen de comunicabilidad del art. 62.2. Cp.

En la Parte especial, según se ha expuesto, vienen configurados específicos delitos de discriminación, (aunque, como se ha señalado, existen tipos que asumen de forma más difusa o indirecta la defensa del derecho a no ser discriminado). Los delitos de discriminación en sentido estricto ocupan la sección primera del Capítulo IV del Título XXI, cuya rúbrica reza “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados en la Constitución*”. A este grupo cabe sumar la figura incriminada en el art. 314 Cp. como modalidad de discriminación en el ámbito laboral.

Provocación a la discriminación e injurias discriminatorias (art. 510 Cp.)

Art. 510. “1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Se adelantan aquí las barreras de protección hasta comprender la punición de una fase preparatoria potencialmente peligrosa para el bien jurídico, el derecho a la no discriminación.

Los sujetos pasivos aquí invocables han de comportar una dimensión colectiva específica, preceptivamente grupal o asociacional. El tipo recoge así colectivos vulnerables en razón de raza, antisemitismo, ideología,

religión creencias, situación familiar, nacionalidad, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Es un listado normativo tasado, que no admitirá interpretación extensiva.

La conducta consignada en el primer inciso nos remite al art. 18 Cp., que contempla la provocación penalmente relevante. Los términos de este artículo nos indican los medios comisivos (directos, difusores o generalizadores de contenidos) y la orientación finalista a la perpetración de un delito.

Es claro el alcance de la discriminación como objeto de provocación típica: se incitará a la comisión de los llamados *delitos discriminatorios* en sentido estricto, sin descartar asimismo a los delitos que en forma indirecta asuman la defensa de los valores de igualdad (así, los delitos de genocidio o manipulaciones genéticas selectivas).

La violencia como fin típico al que se incita genéricamente vendrá referida a la comisión de los llamados *delitos violentos*, delitos que, en definitiva, incorporan la violencia como objeto o medio delictivo. Examinada a la luz del bien jurídico protegido en el tipo, la violencia a la que se provoca ha de tener alguna proyección desigualitaria que, además de agredir el bien jurídico respectivo, tenga una implicación discriminatoria: violencia, en definitiva, ilustrada o informada por una motivación tal como la aludida en la agravante genérica del art. 20 4º Cp. recién comentado: violencia racista, clasista, sexista, xenófoba etc.

Se ha sostenido, coordinando el art. 510 Cp. con el art. 18.2 Cp., que sólo sería punible la *provocación a la violencia* respecto de delitos que tengan admitida, en particular, la comisión provocativa. De ello se sigue el reconocimiento del carácter integralmente superfluo de la presente *provocación a la violencia* como figura autónoma. De acuerdo con dicha línea, además, y, respecto de los atentados contra la libertad sexual, que, en efecto, no admiten provocación, no sería posible que pudiera concretarse una modalidad de *provocación a la violencia sexual*. De otro parecer es la doctrina que concibe el presente art. 510 Cp. como una extensión del ámbito de la provocación cuando la misma tenga tal dimensión discriminatoria, por más que haya de servir el art. 18 Cp. para informar

sobre la naturaleza y elementos de la figura.

En cualquiera de los casos, siempre puede salvarse la subsunción en el art. 510 Cp. la provocación a los atentados contra la libertad sexual. No está de más recordar que los mismos comportan una nítida significación discriminatoria, constituyéndose en una de las más graves y victimizantes ataques a la dignidad personal. Así, precisamente, la tipificación de estas acciones guarda una estrecha relación con el *derecho a no ser discriminado*, que ha de entenderse teleológicamente amparado en su ámbito (tal como admite paladinamente la propia Exposición de Motivos del Código penal de 1995). Tales delitos, desde una óptica criminológica, y en una macrovisión, suponen un trato desigualitario selectivo, esto es, dirigido eminentemente a la mujer, y, en tal sentido, integran un genuino atentado sexista.

Ciertamente, no parece discutible que toda incitación genérica a la agresión sexual de mujeres puede estimarse provocación a la *discriminación por razón de sexo*, (como, si, por vía de ejemplo, va dirigida a homosexuales o colectivos étnicos, será provocación a la discriminación referente a la opción sexual o raza).

Finalmente, resulta perturbadora la incompatibilidad del art. 18.2 Cp. (que define la provocación como fomento a la perpetración de un delito) con la tercera de las posibles finalidades típicas del 510 Cp, *provocación al odio*, actividad que no implica promoción de acciones delictivas sino la generación de un sentimiento o estado emocional. Exceso de celo legislativo en la defensa de los valores de igualdad, no por bien intencionado menos ambiguo.

En la salvaguarda de la dignidad de la mujer, esta tipificación puede suponer un importante avance: así, puede incluso perseguirse, conforme a este precepto, la difusión dolosa de canciones, mensajes, contenidos publicitarios, películas o textos que sirvan a la glorificación y apología de la violencia contra la mujer, salvando las exigencias de la mínima intervención punitiva.

El art. 510. 2. Cp. incrimina las *injurias discriminatorias*, delito plurio-

fensivo que atenta contra los valores igualitarios y el honor de las personas, lo que remite al art. 208 Cp. en cuanto al concepto de injurias y a sus modos comisivos. La especialidad de este delito respecto del delito de injurias radica precisamente en ese componente discriminatorio que informa la acción y que, por otra parte, ha de estar abarcado por el dolo. En ello radica el fundamento de la mayor punición de esta conducta, respecto de las injurias con publicidad (art. 209 Cp.) tanto como en el alcance colectivo y transpersonal propio de estas modalidades. El objeto de la acción difusora es la *información injuriosa*, lo que implica una vertebración ilativa del mensaje (con exclusión de las llamadas injurias *imprecativas*, STS. 5 de marzo de 1985).

Por cuanto son delitos ideológicos o de opinión, se plantea el conflicto con la libertad de expresión art. 20.1.a) CE y libertad de información art. 20.1.d) CE. A tal respecto, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la represión de los actos discriminatorios no habrá de quedar limitada por invocaciones a tales derechos (SSTC. 11 de noviembre 1991 y 11 de diciembre de 1995).

Denegación de prestaciones por móvil discriminatorio (art. 511 Cp.)

Art. 511. "1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación, o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previs-

tos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

Art. 512. “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por un período de dos a cuatro años”.

Contemplan estos preceptos la punición del propio acto de exclusión o rechazo discriminatorio, integrando el art. 511 Cp. las figuras más veteranas en este ámbito (introducidas en la Reforma de 24 de junio de 1983), en tanto el art. 512 Cp. es figura de nuevo cuño.

El básico acto de discriminación incriminado, en esencia, una omisión propia, es común a las tres figuras recogidas, esto es, la denegación de una específica prestación, residiendo la diferencia en los sujetos activos y el relativo carácter de la prestación rehusada.

El art. 511 Cp. es plasmación del compromiso de los poderes públicos, constitucionalmente asumido, en orden a la tutela del principio de igualdad.

El precepto, en su primer y segundo inciso viene a especificar el alcance de la primera figura denegatoria, relativa a una prestación de servicio público. Autor del delito será aquí el particular encargado de un servicio público (clásicamente, farmacias, administración de loterías, expendurías de tabacos, etc.).

Sin embargo, hacer depender el concepto penal de servicio público a una estricta declaración administrativa supone dotar al tipo de un hieratismo impropio de un sistema en el que, justamente, proliferan las más diversas formas de cogestión, de actividades de primerísima utilidad ciudadana, entre la Administración y los privados: por vía de ejemplo, en el ámbito de la sanidad, comunicaciones, transporte, etc.

El sujeto pasivo será individual o colectivo: asociación, fundación sociedad o corporación (inciso 2º).

En el art. 511.3 Cp. se recoge como figura cualificada esta misma figura denegatoria de prestaciones cuando concurre en el sujeto activo la calidad de funcionario público, teniendo en cuenta que el concepto penal propio de funcionario, (art. 24 Cp.) es de mayor amplitud que el acuñado para el ámbito administrativo (SSTS. 8 de mayo de 1992 y 11 de octubre de 1993).

El novedoso art. 512 Cp. integra una figura privilegiada de denegación de prestaciones, ya que ciñe su esfera a las estrictas relaciones entre privados, a diferencia del ámbito propio del art. 511 Cp., transido por el especial compromiso igualitario en la actuación de los poderes públicos.

El elemento vertebrador de este delito es la existencia de un derecho a la prestación, que debe interpretarse como expectativa jurídicamente fundada, la cual viene a frustrarse justamente en virtud de una motivación discriminatoria. Obviamente, no se trata de la mera arbitrariedad del profesional o empresario en esferas dominadas por la autonomía de la voluntad, sino una exclusión selectiva y desigualitaria informada por el ánimo discriminatorio en un ámbito no discrecional (así, transportes, sanidad).

En relación la protección de la mujer, por vía de ejemplo, no es tan infrecuente ni académico el tratamiento sanitario sexista, con postergación de atenciones o absoluta desatención –no se da voz a la paciente, no se escucha su sintomatología, se deniega receta de medicación- bajo las premisas discriminatorias de un supuesto neuroticismo, histeria o hipocondría propias de la mujer. Como tendencia general, es obvio que no todas esas situaciones encuentran aquí encaje típico, pero, en dicha línea continua, no cabe descartar la subsunción de las más graves, de cuales pueden subseguir serias consecuencias (muerte imprudente, lesiones de la mujer, aborto o lesiones fetales imprudentes) que en su caso podrán configurar hipótesis concursales.

Asociaciones ilícitas de carácter discriminatorio (con referencia a la mujer, arts. 515, 517, 518 y 521 Cp.)

Art. 515. "Son punibles las asociaciones ilícitas teniendo tal consideración:

5º. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello".

Art. 517. "En los casos previstos en los números 1º y 3º. al 5º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:

1º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses".

Art. 518. "Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los 1 y 3º al 5º del art. 515 incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años".

Art. 521. "En el delito de asociación ilícita, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años".

Ya introducida en nuestro sistema la figura de asociación discriminatoria en cuanto concreción de una asociación ilícita, (primero, por la ley 23/1976, de 19 de julio, cuyos perfiles reformara la ley 8/1983, de 26 de junio, que la ubicó en el antiguo 173. 4º), sin embargo, su perfectibi-

lidad era manifiesta, toda vez que, como se había aludido críticamente, el asociacionismo discriminatorio quedaba privilegiado en comparación con el régimen aplicable a las restantes asociaciones ilícitas. El Código penal de 1995, obra la armonización de regímenes, así como, ampliando la esfera de prohibición, adecua el tenor del precepto al seguido en la distintas figuras que amparan el *derecho a la no discriminación*, por cuanto toca al alcance y al elenco de razones discriminatorias típicas.

Los fines de la asociación ilícita implican un ilegítimo exceso en ejercicio del libre derecho al asociacionismo (art. 22 CE), con vulneración de los valores igualitarios objeto de protección en los delitos discriminatorios. De nuevo nos encontramos ante un Derecho penal de cautelas, por cuanto es la propia esencia y directriz de la asociación lo que se reprocha jurídicamente, con autonomía típica respecto de la punibilidad de las eventuales actividades que se acometan, que, en su caso, podrán fundamentar hipótesis concursales.

Se castiga la promoción (genérica) o incitación (más concreta y específica) a la discriminación, violencia u odio, (finalidades ya comentadas, vid. art. 510 Cp.), cuyo destinatario puede ser personas físicas, grupos o asociaciones. La punición alcanza a los fundadores, directores y presidentes, miembros de número y sostenedores económicos de la asociación discriminatoria. El art. 521Cp integra un tipo cualificado en razón de la calidad pública o funcional del autor.

Cerrando la incriminación, el art. 519 Cp. sanciona la provocación, conspiración y proposición para la comisión de este delito, ampliando celosamente el adelanto de las barreras de protección. Por último, el art. 520 Cp. determina la disolución judicial de la asociación ilícita.

Discriminación laboral (art. 314 Cp.)

Art. 314. "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la represen-

tación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses”.

Formalmente desvinculado del núcleo regulador de los delitos de discriminación, el presente delito comparte con ellos naturaleza y vocación, aunque se diseñe con un alcance típico más amplio, en virtud del peso específico que ganan ciertas conductas desigualitarias en el ámbito laboral (así, discriminación lingüística o sindicalista). El novedoso art. 314 Cp. se incardina, pues, en el Título XV en cuanto delito contra los *derechos de los trabajadores*.

Fundamentan y circundan normativamente la punición del art. 314 Cp., el art. 14 CE, la amplia serie de convenios y pactos internacionales promotores de la igualdad con proyección laboral (destacando en la protección específica de la mujer, el *Convenio de Nueva York sobre eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer*, 18 diciembre de 1979, Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos y la 76/207/CEE, de 9 de febrero, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en la formación laboral y empleo) y, finalmente, las precisiones del Estatuto de los trabajadores, declarando el derecho a la no discriminación laboral (art. 4.2 c) ET) y la nulidad de las normas, cláusulas contractuales o decisiones empresariales que supongan discriminación (art. 17.1 ET). Esta fuera del tipo la llamada discriminación positiva, que integra medidas de fomento laboral en beneficio de colectivos infravalorados, como es, propiamente el caso de la mano de obra femenina, según tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC. 14 de diciembre de 1992).

La discriminación aquí penalizada se produce en el contexto típico de las relaciones laborales, sea de naturaleza pública o privada el empleo (la contemplación de ambas posibilidades en nuestro sistema es novedosa). Es posible que adopte manifestación directa (trato diferencial de desfavor) o indirecta (desigualdad material y efectiva, formalmente adecuada

a derecho, como en el supuesto de retribuciones inferiores para las trabajadoras), según manifiesta la relevante STC. de 1 de julio de 1991; en todo caso, ha de ser de naturaleza grave, esto es no meramente formal o bagatelaria; es indicativa a tal respecto la *Ley 8/1988 de 7 de abril*, relativa a las infracciones y sanciones en el orden social, que califica de muy grave la infracción del empresario cuya decisión unilateral comporta discriminación en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo. La gravedad, en definitiva habrá de afectar a derechos laborales o razonables expectativas fundadas en derecho.

Se establece, a modo de condición objetiva de punibilidad la necesidad de desatención de un previo requerimiento administrativo o incumplimiento de sanción de igual naturaleza, haciendo que el tipo adopte la naturaleza de delito de desobediencia. La desatención o incumplimiento concierne a dos extremos normativamente ligados: no restablecer la situación de igualdad y no reparar los perjuicios económicos irrogados. Se exige, literalmente, *restablecer reparando*, de tal modo que la desatención o incumplimiento puede afectar a las dos exigencias o sólo a alguna de ellas.

Así, cuando en efecto, la igualdad formal (*restablecer ante la Ley*) puede haberse reinstaurado, pero una efectiva discriminación material gravita sobre la víctima no resarcida. En sentido inverso, una indemnización al sujeto pasivo, por fuerte que sea la suma, sin la correlativa reafirmación de la situación igualitaria normativamente adecuada, no podrá salir al paso de la concreción efectiva de este delito. Este precepto ilustra óptimamente la importancia creciente que asume la reparación en el moderno sistema penal.

El establecimiento de este requisito de previa intervención administrativa desoida es plasmación del carácter de *ultima ratio* propio del Derecho penal.

7. LA MUJER VICTIMIZADA ANTE EL SISTEMA PENAL; ASPECTOS DE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

PLANTEAMIENTO

Una vez se substancia la comisión delictiva (victimización primaria) de un delito contra la mujer, el sistema penal irrumpe en el conflicto de la víctima para hacerlo suyo y ampararlo con el manto del interés público. Cuando dicha irrupción estatal causa una agudización de la situación de desamparo de la víctima, hablamos de violencia estatal, victimización judicial o victimización secundaria. La oficialización del conflicto penal (hecho aludido en la literatura victimológica clásica como “robo o expolio estatal del conflicto de la víctima”), en el caso de la mujer puede tener consecuencias especialmente patéticas. Ese conflicto que se desprivatiza hace materia de debate público aspectos personalísimos como su propio cuerpo, su dignidad, su honor, su estabilidad vital, su medio de subsistencia o su forma de proyectar su personalidad en su interrelación social. Así ocurre en los característicos delitos de género.

Ser una víctima ante el sistema penal no es en ningún caso una ganga: si la víctima es mujer, precisamente ese “onus” de género, (flanqueado, en no pocas ocasiones, por connotaciones de marginación, ignorancia, estigmatización social, desamparo económico y afectivo) va a suponer una agudización de la vulnerabilidad de la víctima ante las instancias de control oficial.

El monopolio público de la justicia oficial supone la consagración inexcusable del garantismo en el Estado de Derecho. Ocurre, sin embargo, que la proyección de ese garantismo, convencionalmente, se ha orientado en exclusiva hacia la protección del infractor, con acentuada marginación de las víctimas. Las mismas son tratadas como medios de perseguir las aspiraciones preventivas estatales, pero no como fines en sí mismas.

De las imaginables posiciones de una víctima en el proceso penal (como objeto material del delito así, arts. 340 o 350 LECr.), como parte procesal, si se persona, y como tercero, en régimen equiparable al de un testigo no ofendido por el delito, dos de ellas suponen una efectiva objetiva-

ción y cosificación de la mujer en el ámbito procesal, distanciándola de un conflicto que puede concernirle en lo más íntimo. La participación, que pareciera alcanzar a la víctima un mayor control de su agravio, ni mucho menos implica que sus expectativas vayan a tener un peso específico en el proceso.

7.1 DEBERES DE LA VÍCTIMA

Si bien los deberes de la víctima-testigo están bien explicitados normativamente, con el refuerzo ocasional del Derecho penal, no así sucede a los derechos de la víctima.

En cuanto a las obligaciones de la víctima, el *deber de denuncia*, en los delitos perseguibles de oficio, se ha querido basar en el art. 259 LECr. En puridad, toda vez que este precepto contempla la obligación de quien ha presenciado la perpetración de un delito, no cabría extender dicha calidad a la víctima, sujeto pasivo del mismo, y no espectadora simple. La denuncia debe ser, pues, rectamente interpretada como derecho de la víctima. Deber de comparecencia, del cual la víctima no se podrá escamotear, en virtud de los arts. 410 y 420 LECr., que la comprenden. En caso de resistencia, además de la multa, este último precepto prevé la compulsión material del obligado; además de ello, el art. 463 Cp. castiga como obstruccionista a quien incomparece sin justa causa, en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral; privilegiadamente se sanciona en el precepto asimismo la incomparecencia que siga a dos advertencias previas, en causa criminal sin reo en prisión, y aunque no se provoque suspensión.

La efectiva comparecencia es sufragada por el art. 722 LECr. en unos términos bien mezquinos: gastos de traslado y lucro laboral cesante. En el caso de mujer, con hijos o personas mayores a su cargo, el eventual desembolso para cubrir tales cuidados no siempre se tienen en cuenta.

Finalmente el *deber de declarar* también se integra en el art. 420 LECr., que remite al tipo penal de *desobediencia grave a la autoridad*, art. 556 Cp. En la práctica, la aplicación de estos artículos a la víctima directamente ofendida por el delito es sumamente restringida, en considera-

ción a las razones de evitación de victimizaciones secundarias que están en la base del incumplimiento, y que, en el caso de se quiera afirmar la concreción de tipo penal, podrían llegar a excusar la conducta por la vía del estado de necesidad.

En cualquier caso, el art. 416 LECr. prevé la dispensa de la obligación de declarar en contra del procesado (no la de concurrir) a un amplio círculo parental del mismo, sean o no víctimas. Esta exención no significa que no sean escuchadas en el proceso: afortunadamente, el mismo precepto prevé que pueden hacer las manifestaciones que estimen oportunas. Bien aprovechada, esta facultad puede facilitar la libre manifestación de la voz de las víctimas, con mitigación de los perjuicios de victimización secundaria.

7.2 DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La Ley de *Asistencia a las Víctimas del Delito* (Ley 35/1995) declara en su art. 15.3 la existencia de una carta o cuerpo normativo de derechos de las víctimas. Sin embargo, esta misma ley no reúne el completo elenco de derechos sino en aspectos parciales, relativos a concretos aspectos procesales y de asistencia. Por ello hay que ir rastreando los mismos a través de un material normativo heterogéneo y disperso.

Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales

El art. 24 CE sólo se aplica a la protección de los derechos victimales en los casos de la más extrema y flagrante indefensión. Normalmente, suele ser esgrimido en beneficio de los derechos de los delincuentes. La alusión constitucional a la "efectividad" sitúa las legítimas expectativas de las víctimas a un nivel de exigibilidad más alto de lo que habitualmente, a juzgar por los resultados, se les reconoce.

El art. 121CE. establece la existencia de una responsabilidad pública por el funcionamiento anormal de la Justicia. Puede así entenderse, aunque no de manera explícita, que existe un derecho a no sufrir victimización secundaria, al menos en sus aspectos más graves y flagrantes,

en tanto pudieron ser evitados o suavizados. Como complemento de lo anterior, se determina un derecho de indemnización, para estos casos de disfunción judicial, del que la LOPJ. se hace eco en su art.292 Cp.

El debate español se centra especialmente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: el funcionamiento retardado de la Administración de Justicia afecta muy particularmente a las mujeres víctimas de los llamados *delitos de género*, necesitadas de un celerere y definido posicionamiento público ante una situación frecuentemente crítica.

La *Ley Orgánica 7/ 1988 de 28 de diciembre* incide especialmente en la necesidad de eliminar las indebidas dilaciones procesales.

En relación con esta ley, han sido destacadas tres reformas con repercusión victimológica inmediata.: la ejecución provisional de la responsabilidad civil (sometida a restricciones que acaban, sin embargo, mermando su aplicabilidad), posibilidad de dictarse inmediatamente la sentencia, obviándose el juicio oral previo escrito de conformidad de Ministerio Fiscal, abogado defensor y acusador y, por último, la opción de renuncia a la apelación como incentivo a la celeridad de la causa: ciertamente, una contraproducente medida, sólo en parte victimológica.

Pero el amparo jurisdiccional no puede quedar restringido al derecho de obtención de sentencia condenatoria. La tutela debida obliga a que los jueces custodien la seguridad y estabilidad vital de la víctima a lo largo del proceso, para lo cual la LECr. articula medidas de protección, cuyo desuso es moneda corriente.

Así, el art. 13 LECr., relativo a las primeras diligencias que ha de practicar todo órgano judicial que conozca de una causa, determina la prioritaria necesidad de dar protección a los perjudicados. Esta actuación en pro de las víctimas no suele figurar en los formularios de auto de incoación de diligencias, lo que hace fundar más que razonables sospechas de inaplicación práctica.

Para actuar la protección a las víctimas puede ser necesario acordar determinadas medidas que no afecten al derecho a la libertad del art. 17

CE. Son diligencias que no comportan naturaleza idéntica a la medida cautelar, pero que pueden entenderse asimiladas a esta.

Este sentido tuitivo puede determinar, por ejemplo, el apartamiento de los hijos menores del foco de peligro que pueda suponer el presunto infractor, de acuerdo con el art. 158, redactado de acuerdo con la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*. Otras medidas cautelares permitidas y oportunas pueden contemplar la prohibición de abandono del territorio nacional, de empleo de armas o del derecho a conducir, y, en general privaciones cautelares de derechos adoptadas con carácter cautelar, que, según el art. 33 Cp. no tienen naturaleza penal.

Así, con carácter urgente, y cautelar, el juez de guardia puede adoptar asimismo una medida de desalojo del domicilio familiar, oportunísima en el caso de malos tratos intrafamiliares, en los que no debería ser la maltratada y sus hijos la que tenga que sufrir desarraigo residencial. Las Casas de acogida para mujeres maltratadas, a las que puede acudir la mujer una vez interpuesta denuncia, han de configurarse como recurso último.

El informe del Defensor del Pueblo recomienda, en definitiva, una coordinación normativa entre el art. 104 C.c. y el art. 13 LECr., en orden a la dispensa de medidas protectoras de urgencia en casos de maltrato, a aplicar por el juez de guardia para el supuesto de que la víctima esté en situación de riesgo o desamparo.

Hay que señalar, en este plano, cómo la reciente modificación del art. 13 LECr., conectada con la del art. 544 bis LECr., *LO. 14/1999* establece la posibilidad de imponer, como primera diligencia o como medida cautelar las prohibiciones de residencia (cuyo módulo-lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o comunidad autónoma- decide el Juez), prohibición de acudir a determinados lugares (con idénticos módulos de fijación) o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas (las cuales, por excelencia, serán las víctimas o sus allegados).

Esta medida resulta adecuada a aquellos supuestos que impliquen una

previa esfera de interrelación víctima-ofensor deteriorada por el delito, (violencia intrafamiliar, agresiones sexuales conyugales etc). En estos casos, contrariamente a lo que se presume, la interacción víctima-ofensor sigue substanciándose de forma perturbadora, ahondando las consecuencias de victimización. La mujer, más vulnerable después de haber sufrido un delito, tiene que padecer, más tarde, el acecho, las amenazas, la compulsión y la venganza.

Además de tales medidas, es de recordar que el art. 464 Cp. dispensa una especial protección de la víctima (denunciante, parte o testigo) respecto de las conductas violentas o intimidatorias que pretendan determinar el sentido de su actuación procesal -castigadas más gravemente, si lo consiguen-, e igualmente, se sancionan los actos de represalia atentatorios contra la vida, integridad, libertad sexual o bienes de la víctima, que concursarán con los delitos que pudieran haberse substanciado contra tales bienes. Sin embargo, en el radio de protección no entra el círculo familiar de la víctima, como eventual objeto de las represalias, a diferencia de la máxima protección deparada en la *L.O. de protección a testigos y peritos en causas criminales, de 23 de diciembre de 1994*.

La tutela de la víctima del delito implica también no supeditarla a los fines públicos de persecución y averiguación de los hechos. El amparo y la necesidad de la víctima son valores preferentes al eventual valor de la misma en cuanto objeto del delito. La víctima ha de ser contemplada como fin en sí misma, no en cuanto medio de prueba. La declaración del art. 366 LECr., determina el carácter preferente del auxilio a la víctima, que puede posibilitar la suspensión de medidas relativas a la comprobación del delito y averiguación del delincuente.

En el proceso penal rigen los principios de *Publicidad y Oralidad* con carácter general, (arts. 120.1 CE y 232.1 LOPJ.) cuyo límite primero es el Secreto del Sumario. El Juicio Oral es eminentemente público, bajo sanción de nulidad, pero en base a necesidades tuitivas de signo victimológico, el art. 680 LECr. permite que las sesiones puedan celebrarse a puerta cerrada. El presupuesto de tal medida se centra en razones de moralidad o de orden público así como en el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia. Están en juego, así, la reputación,

el honor y la propia estima de la víctima o su familia, y tales son, en principio, buenas razones para *cerrar la puerta*. El ministerio Fiscal debe velar por la protección de la intimidad y dignidad de la víctima, estando facultado, por consiguiente, para solicitar esta posibilidad de acuerdo con dicho ámbito tutelar (art. 15.5 Ley 35/1995 de Ayuda a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual).

En el caso de la mujer víctima del delito, la estigmatización social se ceba sobre la misma en virtud de procesos paralelos de víctima-inculpación: Frecuentemente los mismos emanan de asunciones populares de fuerte arraigo (*se lo estaba buscando, iba pidiendo guerra [delitos contra la libertad sexual] le va la marcha, no sabe llevar a su marido [maltrato doméstico], le robaba un puesto de trabajo a los que de verdad lo necesitan {discriminación laboral}*). Por ello resulta adecuada la limitación de la publicidad y de la publicación informativa del juicio.

Sin embargo, la raíz del problema no se combate genuinamente con medidas de este tipo. La sensibilización y solidaridad con las víctimas pueden hacer mucho más por la mujer que la obscuridad procesal, que, en un sentido subterráneo, comporta la noción de que hay algo vergonzante en la condición de mujer victimizada.

Cuestión diferente es la de la posibilidad de declarar como testigo en ausencia del acusado. La STS. de 17 de septiembre de 1990, apela al art. 6.3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que consagra el *derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él*. Así, establece, sobre tal fundamento, resulta inexcusable la *presencia de los procesados acusados, a fin de que conozcan los cargos que contra ellos se esgrimen y puedan en el acto preguntar o repreguntar sobre las acusaciones o manifestaciones vertidas*. Ahora bien, el rigorismo del Tribunal Supremo en esta ocasión trasciende los mínimos consagrados en la citada Convención. En efecto, el documento internacional no exige que las preguntas del acusado tengan carácter preceptivamente directo.

La citada sentencia admite a regañadientes un ámbito restrictivo a la posibilidad de que la víctima pueda testimoniar en ausencia del acusado (supuesto de orden público del art. 687 LECr. o razones de orden públi-

co y de protección de los derechos y libertades, art. 232 LOPJ). Esta última razón podría fundamentar la oportunidad de esta medida en los supuestos más graves y traumáticos de violencia física, moral o sexual contra la mujer, pero, los celosísimos requisitos que, según la sentencia, deben acompañar a estas razones, en la práctica, hacen inviable dicha posibilidad.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, aunque reconoce el derecho de la víctima a ser protegida, declara contrario a la defensa y contradicción la admisión del *testimonio anónimo*. Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, afirmó la admisibilidad del *testimonio oculto*, en el que se salva la contradicción y la identidad de la víctima es conocida por el acusado, que, sin embargo, no es vista por el mismo (STC. 28 de febrero de 1994).

Grandes expectativas se alzaron en torno a esta posibilidad de signo victimológico, que en no pocas podría ahorrar a muchas mujeres el sufrimiento miedo e inseguridad derivado de un nuevo enfrentamiento con el victimario. Se acaricia la idea de una oportuna instalación de mamparas en las salas de los Juzgados y Tribunales, de practicar una reforma victimológica del mobiliario, etc., pero la STS. de 20 de julio de 1998 da al traste con el grueso de las esperanzas.

En efecto, la llamada *Sentencia del Biombo* anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se condenaba a un padre por abuso sexual de dos hijas de edad temprana. Las niñas fueron protegidas de la presencia perturbadora del acusado, declarando detrás de un biombo, sin que se practicara el careo solicitado por la defensa. El Tribunal Supremo declaró vulnerado el derecho de defensa, garantía, en cualquier caso, incuestionablemente digna de respeto. Sin embargo, resulta poco acorde con la actual sensibilidad victimológica tratar de fundamentar, como hace la citada Sentencia, la *inexistencia de victimización secundaria*: el perjuicio es causado exclusivamente por el delito, se argumenta, y, en el caso de referencia, *a las niñas no se les causaba más daño por enfrentarse cara a cara con el padre*.

Con estricta relevancia para la víctima menor de edad, la reciente LO.

14/1999 establece, al fin, y felizmente, la posibilidad, en atención a la naturaleza del caso y circunstancias del testigo menor de excusar la confrontación visual víctima-ofensor, admitiéndose la declaración por medios técnicos (arts. 448 y 707 LECr.) así como la dispensa del careo, que será regla de partida con menores (arts. 455 y 713 LECr.).

De otra parte, en evicción de estigmatización social de la víctima, el art. 906 LECr. permite el escamoteo de datos identificativos de la víctima en la sentencia, si la misma recae en causas seguidas por delitos contra la honestidad o el honor, o si concurren circunstancias especiales (circunstancias que hay que interpretar en nuestros días en un sentido netamente victimológico). Por razones de decencia o seguridad pública, la propia sentencia podrá ordenar que no se publique total o parcialmente. La alusión a la decencia pública no se funda en razones de protección a la víctima, sino, más bien, en una presunta custodia de la sensibilidad colectiva de todo punto impertinente: la solidaridad hacia las víctimas nace, precisamente, del conocimiento.

Pero la tutela cautelar máxima que el ordenamiento penal dispensa a la víctima es la regulada en la *LO. de 23 de diciembre de 1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales*. Fundamentalmente, nace esta ley para preservar la vida y estabilidad existencial de la víctima llamada a declarar como testigo, frecuentemente retraída por el miedo a la venganza o a las represalias del victimario o de su entorno. Presupuesto de aplicación es la existencia de peligro para la víctima o su círculo familiar (art. 1). Las medidas de protección pueden comprender la fase de instrucción, extendiéndose asimismo, en su caso, a la fase del juicio oral. A lo largo de la instrucción, el anonimato de la víctima recibe una máxima protección; las medidas pueden ir encaminadas a que los datos identificativos no se reflejan en las diligencias, pueden utilizarse medios materiales de evitar la identificación material (capuchas, mamparas, etc.) y se fijará como domicilio la sede del órgano judicial a efectos de citación y notificación. El anonimato se protege celosamente asimismo frente a los medios de comunicación, a todo lo largo del proceso, flanqueándose esta garantía por la eventual intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En la fase del juicio oral, sin embargo, las garantías del acusado en orden a la defensa y contradicción, hacen que decaiga el anoni-

mato a petición de cualquiera de las partes (art. 4.3). Sin embargo, si esta petición no se produce, y el juez no ve procedente retirar la medida, el anonimato se mantendrá a todo lo largo del proceso.

La seguridad personal de las víctimas y su familia queda garantizada por la protección policial, e incluso, en casos excepcionales, podrá facilitarse una nueva identidad, cambio de residencia y lugar de trabajo. Podrán solicitar ser conducidos en vehículos oficiales para la práctica de sus actuaciones o regreso al domicilio; en las dependencias judiciales tendrán a su disposición un local custodiado reservado para su uso particular.

Como puede comprobarse, la seguridad de la víctima queda garantizada máximamente al costo de un grave constreñimiento de su libertad personal. Es claro que la posibilidad de acogerse a la protección así dispensada debe estar fundamentada en la imposibilidad de proteger a la víctima con los medios tutelares convencionales. Este sistema de protección parece adecuado a las hipótesis en que la mujer victimizada se enfrenta a una amenaza general, en supuestos de mafias o criminalidad organizada (así, por ejemplo en caso de las redes de trata de blancas). Sin embargo, donde el foco de peligro está localizado (claramente, en el maltrato doméstico), las restricciones existenciales deberán gravitar sobre el imputado en la medida de lo posible.

Una especial reforma de índole netamente victimológico, operada por *LO. 14/1999* obliga al Juez a tener informada a la víctima de cuántos actos procesales puedan tener relevancia sobre su seguridad personal (art. 109 LECr.).

Derecho a ser parte en el proceso

En el momento en que la víctima ejercita la acción penal se constituye en parte en el proceso. Por eso es tan relevante la obligación del juez instructor al ofrecimiento de acciones civiles y penales a la víctima, facilitándole la información del sentido procesal de estas opciones (art. 109 y 110 LECr.).

En relación con el procedimiento abreviado, la reforma normativa introducida por LO 7/88 de 28 de diciembre, en concreto el art. 789 LECr. permite incluso que sean los funcionarios de la Policía Judicial los que practiquen ese ofrecimiento, por razones de celeridad.

Este trámite suele ser cumplimentado a partir de una formularia remisión a los artículos pertinentes. El ofrecimiento de acciones, sin embargo, es un derecho de rango constitucional, y no una mera formalidad. Por su relevancia, debiera reservarse su realización al juez instructor y, en el mismo, debe de informarse de manera accesible a la víctima acerca de su derecho a la personación, el momento de preclusión de su acción y su derecho a la asistencia letrada gratuita, si carece de medios económicos. En caso contrario, se puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (SSTC. 8 de febrero de 1993, 22 de marzo de 1993 y 4 de julio de 1995).

A partir de ahí, el juzgado sólo cuenta con la víctima a efectos de requerimiento documental y eventual citación como testigo. Si la víctima, además, no es parte formal, los vínculos con el conflicto llegan a un máximo nivel de ruptura.

La noción de víctima, eminentemente material, se puede predicar tanto del ofendido (sujeto pasivo del delito titular del bien jurídico protegido) como del perjudicado en sus intereses, pero también de aquel tercero que indirectamente sufre daño o víctima indirecta.

En un sentido estrictamente formal, legitimados para ejercitar la acción penal están los ciudadanos españoles, ofendidos o perjudicados por el delito, conforme al art. 101 LECr., aunque, a partir de una remisión del art. 270 inciso 2º LECr., se entiende que también podrán ejercerla los extranjeros, si recae sobre ellos la condición de ofendido.

Igualmente, el art. 125 CE y 101 LECr. declaran el derecho a ejercer la acción popular a todos los ciudadanos españoles, comprendiendo en tal acepción tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Ello permite la operatividad procesal de amplios colectivos victimales en torno al interés común de defensa y reafirmación del ordenamiento. Es especialmen-

te adecuada en los supuestos de protección de bienes metaindividuales y de titularidad difusa, como, la igualdad intergenérica, en el contexto de la discriminación.

La condición de ofendido es esencial, por otra parte, en la persecución de los delitos perseguibles a instancia del agraviado. Desde la perspectiva de los llamados *delitos de género*, el régimen de persecución plantea frecuentes polémicas.

En relación con el delito de *malos tratos*, perseguible de oficio, la dificultad se venía suscitando por el elemento habitualidad, que viene a residir en la acreditación de malos tratos en juicios de faltas, no siendo las mismas perseguibles más que por la víctima ofendida o sus representantes legales (104 LECr.). La situación de subyugación de la víctima revierte sobre la ausencia de persecución de la falta, y, como efecto reflejo, ausencia también de persecución de del delito de malos tratos. La reforma del art. 617.2 Cp. (LO. 11/1999, de 30 de abril), ya estudiada, sustrae en buena hora a las faltas de maltrato del régimen de perseguibilidad privada.

En relación con el *abandono de familia e impago de pensiones*, el art. 228 Cp. establece un régimen semipúblico de perseguibilidad: sólo son perseguibles a instancia del agraviado o sus representantes; en el caso de víctima menor, incapaz o desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Se ha criticado dicho régimen por privatizar más lo que, ya en su fundamento, abraza obligaciones de índole privada. Se dice así, en relación con el *impago de prestaciones*, que dicha privatización convierte al Derecho penal en un instrumento optativo para hacerse pronto pago. Como ya quedó apuntado, esta amplitud o exceso queda compensada por un celo restrictivo en la aplicación del tipo, así como en la desaparición de posibilidad de perdonar al impagador. La intervención del Fiscal no es subsidiaria ni subordinada, y, positivamente, se extiende a la protección de adultos que, sin ser incapaces, son vulnerables por su situación de desvalimiento (personas sin conocimientos, sin recursos materiales o morales, dependientes, subyugadas, etc.).

Por último, en virtud de la declaración del art. 191 Cp., los delitos de

agresiones, acoso o abuso sexual tienen carácter semi-público. Son perseguibles, así, previa denuncia del agraviado o sus representantes legales o querrela del Ministerio Fiscal (que, según se afirma, actuará *ponderando los legítimos intereses en presencia*, lo que le habilita para no interponer querrela). En el caso de menor, incapaz o persona desvalida, el Ministerio Fiscal está obligado a denunciar. De esta configuración semi-pública, que afecta a la perseguibilidad de un delito tan grave en su naturaleza, se ha afirmado su base trasnochada y moralizante, en cuanto protege la reputación moral de la *víctima deshonrada*. Ello no obstante, y desde otra óptica, se ha aducido que el régimen semi-público supone dejar en manos de la víctima el control y reserva de un conflicto que, al formalizarse, publica esferas tan íntimas de su personalidad. Impulsar dicha oficialización sin el consentimiento de la víctima supone en sentido figurado, una violación estatal, una victimización secundaria.

Derecho a la asistencia por abogado y procurador de oficio

Actualmente, se contempla en la *Ley 17/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*. Se trata de un derecho poco potenciado en su vertiente victimológica, a consecuencia de la interpretación restrictiva de los Colegios profesionales. Sólo se ha venido entendiendo, pues como disposición en beneficio y garantía del imputado. Se aducen motivos económicos y de prioridad ya que se estima a la víctima ya representada y amparada por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, éste persigue intereses públicos que no tienen por qué coincidir con las expectativas de la víctima.

En el *Informe del Defensor del Pueblo sobre malos tratos contra las mujeres*, se hace una recomendación al Consejo General de la Abogacía para que, a través de los respectivos Colegios de Abogados, se gestionen turnos de oficio específico de asistencia inmediata y asesoramiento de mujeres maltratadas. Ese asesoramiento se proyectaría sobre los aspectos civiles y penales, incluyendo al ámbito de las faltas, del que, con carácter general está excluido. Igualmente se recomienda la oferta de cursos formativos para abogados sobre tratamiento jurídico a la violencia doméstica.

El *Plan de Actuación del Gobierno Andaluz para Avanzar en la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres* incluye asimismo a la violencia sexual en el ámbito de especialización y actuación de su *Servicio de Defensa Legal* para las mujeres maltratadas o sexualmente victimizadas.

Es de esperar, así, que una efectiva incorporación de turnos de oficio en defensa de víctimas en situación de desamparo, incorporen a nuestro sistema una figura cercana al *Victim's Ombudsman* o defensor legal de la víctima, consagrada en modelos comparados y desarrollada ampliamente en específicos programas de abogacía victimal.

Derecho a la protección por el Ministerio Fiscal

Derecho reconocido en el art. 781.i.f LECr., en su nueva redacción tras la reforma por LO 7/1988, de 28 de Diciembre. Pese a esta reformulación, el Ministerio Fiscal no se convierte en "abogado de las víctimas". Representa al interés de la comunidad en la restauración del orden penal vulnerado. Ello se verifica, en la práctica, por una prioridad en la persecución del castigo al infractor, en tanto la satisfacción de la víctima se supedita a este objetivo.

Sin embargo, al Fiscal también concierne *velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados en el proceso* art. 781 i.f LECr.

La expresa mención legal relativa a la específica orientación victimológica del Ministerio Fiscal no resultará, sin embargo, eficazmente obedecida si no se otorga a esta figura un amplio abanico de facultades procesales y recursos materiales tanto en orden al impulso y rapidez procedimental, como en la directa tutela de los intereses victimales.

Pero es la propia normativa, sin embargo, no apoya muchas veces el celo victimológico del Ministerio Fiscal.

Así, con la reforma introducida en la *Ley 10/1992 de 30 de abril de medidas urgentes de reforma procesal*, en los arts. 962 y 969 LECr. se

determina la no obligatoriedad de asistencia de los fiscales a los juicios de faltas. Ello supone, por puras razones pragmáticas, una alternativa de fuga del proceso, que deja a las víctimas abandonadas a sus recursos, con dejación oficial de las funciones tuitivas que a la institución se le han encomendado.

El Defensor del Pueblo, en su Informe sobre la Violencia Doméstica, recomienda salvar las hipótesis de malos tratos, en las que esta ausencia de Fiscal en el juicio puede redundar en el efectivo desamparo e indefensión de la víctima respecto de conductas delictivas de mayor entidad lesiva, y propone una reforma en este sentido.

Al Ministerio Público le compete, además, un deber de comunicarse, interrogar y tener informada a la víctima del delito, asimismo velando por la preservación de la misma de una publicidad innecesaria y perturbadora, de acuerdo con las funciones que le reconoce la Ley 35/1995, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual. Sin embargo, el distanciamiento de fiscal y víctima, a veces la más absoluta falta de contacto, es moneda demasiado corriente, no sólo en España, sino en la generalidad de los sistemas penales.

Derecho a la tutela de la salud de la mujer victimizada

En el art. 43 CE se protege genéricamente la salud de los ciudadanos; en idéntico sentido, la Ley General de Sanidad, 14/ 1986, de 25 de Abril, que lo desarrolla, hace alusión al derecho a la prestación sanitaria pública que asiste a toda la población española.

Sólo por esta vía genérica cabe entender tutelada la salud mental y física de la víctima, cuyo auxilio físico y psíquico, tiene carácter prioritario frente al interés público por la averiguación de la verdad (art. 366 LECr.). Además de esta prioridad, la salud psíquica de la víctima debiera inspirar una regulación que redujera al mínimo imprescindible la innecesaria reiteración de vivencias de victimización, así como la imperinente incursión procesal en aspectos de la vida íntima de la víctima no relevantes para la calificación de los hechos.

El derecho a la defensa y contradicción del acusado, sin embargo exige en nuestro sistema que sólo de manera excepcional los Tribunales se apoyen en las declaraciones vertidas en la instrucción (art. 730 LECr. y art. 4.5 LO. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales), en cuyo caso, procederá una lectura de las diligencias, que habrán de ser ratificadas. Las excepciones que integran estas “causas independientes de la voluntad” de las víctimas testigos no son otras que la muerte, residencia fuera del territorio nacional, o paradero desconocido de los testigos (STS. 6 de noviembre de 1992).

El interés público en la tutela de la salud y estabilidad mental del Menor deberían de integrarse en este ámbito dispensatorio; en el ámbito de la mujer victimizada, especialmente en los casos de mayor impacto traumático, el relato de los hechos deberá ceñirse al mínimo inexcusable en el ámbito procesal.

Como quedó reflejado, la primera obligación del profesional sanitario es dispensar tratamiento a la víctima tras el impacto del delito o victimización primaria: la víctima puede ser ocasionalmente objeto del delito. Es el delincuente quien ha objetivado la condición de la víctima, por lo que la intervención tiene que encaminarse a la reafirmación de su dimensión humana y dignidad.

Las prestaciones sanitarias en el sistema público de Seguridad Social no se dispensan por unidades de profesionales adiestrados en el tratamiento específico del impacto de la victimización. No existe tampoco un seguimiento especial en virtud de la condición de víctima del paciente, que demanda una especial sensibilización en el trato del profesional médico así como una *atención global* interdisciplinar, abocada a una efectiva *reinserción victimal* (la recuperación personal y social de la víctima, tras las crisis abierta por el delito). Tampoco se elaboran estudios estadísticos generales sobre los aspectos médicos del impacto delictivo.

Como avance positivo, en la actualidad se prevé la difusión de servicios de asistencia inmediata, destinados a las víctimas de violación y malos tratos. El apoyo profesional de los Servicios “Mujer 24 horas” se dispen-

sa de urgencia (son de permanente disponibilidad) pero igualmente se practica un apropiado seguimiento de la evolución de la víctima.

Además de la asistencia, ha de recabarse de la víctima un consentimiento informado en relación con las intervenciones e inspecciones facultativas que sea preciso practicarle, (art. 10 Ley General de Sanidad).

Pero la asistencia sanitaria deontológicamente adecuada a un supuesto de victimización no se agota cuando el profesional satisface las exigencias de sensibilidad y solidaridad en la dispensa de un tratamiento médicamente correcto. Hemos de recordar que la asistencia tiene que dispensarse de modo compatible con el sentido testimonial y probatorio de los datos clínicos recabados, configurados en el eventual *parte de lesiones*.

En el Procedimiento de Coordinación para la atención a las Mujeres Víctimas de Malos Tratos y Agresiones Sexuales, encomendado al Instituto Andaluz de la Mujer, se ha realizado un meritorio esfuerzo en la reunión y detalle de unas certeras pautas para el establecimiento de un protocolo de atención sanitaria a estas víctimas. Asimismo, a nivel nacional, se ha firmado un protocolo de actuación sanitaria en supuestos de victimización violenta.

Por último, es crítica frecuente la que recae sobre la personación de los médicos forenses, que, según se aduce, debe ganar en celeridad. Se argumenta que los mismos no tienen oportunidad de contactar de inmediato con las víctimas: en el momento de su llegada la labor sanitaria de rutina puede ya haber sido ocasión de la pérdida de fundamentales evidencias procesales.

Derecho a una adecuada y completa atención policial

La denuncia victimológica más característica en el nivel policial atañe al sentimiento de la mujer victimizada de estar siendo tratada como medio, en vez de como fin en sí misma: como “evidencia viviente”, no como persona en crisis. Sin embargo, y por fortuna, las actitudes policiales han evolucionado desde el momento en que se empezó a formu-

lar. A tal respecto, la Policía parece cada vez más consciente de la vertiente asistencial que ha de inspirar su intervención, más allá de la aséptica averiguación de los hechos.

Un tratamiento solidario de la policía redundará en la confianza institucional de un modo a veces determinante: muchas víctimas se declaran satisfechas, aun si no se consigue la identificación o captura del infractor, si han obtenido este tratamiento sensibilizado.

Hasta fechas recientes, la única, aunque remota referencia al respecto se halla en el art. 5.2 de la *Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*: estos, según el precepto han de “observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueran requeridos para ello”.

A tenor de la reciente *Ley de Asistencia a la víctima*, (LAAVD) y de la Instrucción de la Secretaría de Estado, 6/1997 *Sobre atención e información las víctimas de determinados delitos, de las gestiones e investigaciones realizadas para su esclarecimiento*, se obtiene una mayor concreción de los extremos a los que se extiende ese tratamiento policial “correcto y esmerado”.

Se desarrollará, así, una activa labor informativa por la Policía, no sólo en la comunicación de la denuncia, sino en el desarrollo de las diligencias de investigación: la víctima tiene derecho a saber la suerte que corre su conflicto en esta primera fase, siempre que no se ponga en peligro el resultado de las investigaciones (art. 15.2 LAAVD). También habrá de ser informada sobre el cese o suspensión de las medidas de seguridad adoptadas respecto del victimario.

Respecto de la víctima comunicante de la denuncia, la Policía sabrá percibir y seleccionar los casos que merecen una asistencia especializada, en orden a la posible remisión, previa información de la afectada. Así se especifica, por ejemplo, en las *instrucciones por las que se regula la atención policial (Procedimiento de coordinación para la atención a las mujeres*

víctimas de malos tratos y agresiones sexuales, Instituto Andaluz de la Mujer) Por otra parte, también la Guardia Civil y la Policía estarán coordinadas con los servicios victimológicos disponibles, como las Oficinas de Atención a la Víctima y los Servicios “Mujer 24 horas”, así como con los servicios sociales comunitarios, así, las Casas de acogida a Mujeres Maltratadas, o Centros de la Mujer.

Las víctimas recibirán información sobre la posibilidad y el procedimiento de obtener la ayuda pública deparada en el art. 15.1 LAAVD (obligación que la Policía comparte con las autoridades judiciales que intervengan en la investigación).

En relación con la tarea policial en los delitos de violencia contra la mujer, también es relevante la Instrucción nº2/1988 *Sobre adopción de medidas relativas a la prevención, investigación y tratamiento de la violencia contra la mujer y asistencia a la misma*. La investigación habrá de ser exhaustiva: el Defensor del Pueblo, en su Informe sobre La violencia Doméstica contra las Mujeres advierte de la procedencia de practicar inspección ocular del lugar de la agresión y de recibir la declaración de los vecinos, para obtener el suficiente material probatorio. También, en su caso, habrá de requerirse al presunto agresor a que deposite en las dependencias policiales las armas en su haber así como la licencia de armas que avala dicha tenencia.

Las autoridades policiales habrán de recoger en los atestados aquellos datos necesarios para la de identificación de las víctimas y de las lesiones que presenten (art. 15.2 LAAVD). El interrogatorio que se practique a la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad (art. 15.3 de la LAAVD).

Derecho a la restitución, reparación y resarcimiento civil.

Se asienta el mismo en el art. 100 LECr., así como en los arts. 110 y ss. Cp.

Es lo cierto que el sistema español de articulación de responsabilidades goza de un pragmatismo tan ventajoso como ya veterano: la acción civil

puede acumularse a la penal en un mismo proceso penal, con ahorro de esfuerzos procesales a la víctima. La responsabilidad civil nacida del delito, renunciable y ultrapersonal, comprende actos de *restitución, reparación e indemnización*. de perjuicios materiales y morales (art.110 Cp.).

El art. 114 Cp. incorpora una novedosa concesión a las modernas líneas de reproche normativo a la víctima con repercusión en la esfera civil. Como técnica base, se aplica la “compensación de culpas”, por más que en base a esta ponderación sólo se podrá moderar la cuantía, nunca denegarla (cfr. Art. 3.1. LAAVD).

Así, si el juez declara en la sentencia la existencia de contribución victimal, el estado podrá restringir el importe de la cuantía. El concepto “contribución de la víctima”, por su indefinición y subjetivismo, es altamente peligroso para la mujer, tal como se estudiará en relación con la cláusula correspondiente de la LAAVD. En todo caso, cabrá descartar la compensación por contribuciones meramente indirectas.

El art. 115 Cp. determina preceptivamente el establecimiento de las bases en que hayan fundamentado la cuantía indemnizatoria. La discrecionalidad judicial en la materia, tradicionalmente ilimitada, deviene así menos esquivada al control.

Ahora bien, en el plano práctico, los problemas concitados en torno a los derechos resarcitorios de la víctima parecen haberse cronificado. Así, pese a las ventajas de partida que ofrece el modelo adhesivo a la víctima, esta, ante situaciones de precariedad o requerimientos de solvencia inmediata, pasa por un pacto extraprocesal de desfavor con merma de sus derechos.

La insolvencia, por otra parte, es una situación recurrente y casi consustancial en los casos de los llamados *delitos de género*. A las situaciones de insolvencia genuina, se une, en numerosas ocasiones, un fenómeno de “insolventación” o dispersión fraudulenta de capital. Con esta perspectiva, el art. 258 Cp integra una nueva modalidad delictiva llamada a la prevención de tales ardidés defraudatorios en perjuicio de las víctimas.

No obstante, la saturación de la Justicia redundaba en una insuficiente -se ha dicho abúlicamente- actividad indagatoria acerca de los medios del obligado. Así, por ejemplo, se ha criticado la inercia de la Administración con relación al recluso insolvente que accede al tercer grado: si, en la obtención de dicho acceso es preciso acreditar un empleo, la indagación judicial relativa a esos medios debiera ser procedente.

La responsabilidad civil de las víctimas en caso de insolvencia parcial tiene preferencia absoluta ex art. 126 Cp.

La nueva circunstancia atenuante de *reparación del daño*, art. 21 5º, también se suma al ámbito de las disposiciones de inspiración victimológica, y, como incentivo a la reparación puede ser francamente resolutoria para la víctima (hasta tal punto que, se ha dicho, en los casos de *impago de prestaciones*, su uso, combinado con el perdón antes relevante en este ámbito, articulaba una mera forma de hacerse pronto pago).

La satisfacción de las responsabilidades civiles, como requisito obligado y precedente a la *cancelación de los antecedentes penales*, se establece en el art. 136.2.1º. Finalmente, la nueva regulación de la *suspensión en la ejecución de penas privativas de libertad* incorpora, como requisito previo a la concesión, la exigencia de que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles de las víctimas, salvando la insolvencia.

Derecho a la asistencia y resarcimiento público

Hasta fechas muy recientes, y a pesar de los ya veteranos precedentes legislativos, no contamos con un reconocimiento legal explícito del derecho de la víctima a la solidaridad estatal. A tal efecto, únicamente podíamos atenernos a la declaración constitucional de constituirse España en un *Estado Social y de Derecho*, del cual podía derivarse la inexcusable vigencia de una obligación asistencial de las instituciones públicas, basada en razones de equidad y solidaridad social.

La Ley 3571995 de 12 de diciembre, de *Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual* a la cual complementa el

Reglamento aprobado en RD. 738/1997 de 23 de mayo, implica un primer paso de progreso en el indubitado reconocimiento del derecho de la víctima española a la asistencia y compensación pública.

a) Configuración normativa de la ayuda pública

La LAAVD establece que la ayuda estatal será procedente en beneficio de las víctimas de delitos dolosos y violentos (art.1.1 LAAVD), así como de atentados contra la libertad sexual, hayan sido perpetrados con o sin mediación de violencia (art. 1.2 LAAVD). De la expresa cobertura de daños por victimización sexual, por cualquier medio, así como de la propia Exposición de Motivos se evidencia la preocupación legislativa por atender aquellos resultados victimizadores de mayor gravedad e intensidad lesiva, con independencia de la calificación, altamente formalista, que reciben a veces los medios instrumentales. Así, en la misma se declara que los delitos susceptibles de generar ayuda pública son aquellos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales o daños graves en la salud física y mental.

No obstante, pese a que este enfoque asistencial abraza perfectamente los supuestos de maltrato doméstico, no se han solicitado ayudas en este concepto, según manifiesta el Defensor del Pueblo, en su Informe sobre violencia doméstica contra la mujer. Así, el Defensor del Pueblo recomienda que se excluya una mención explícita del maltrato doméstico dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

Evidentemente, la victimización doméstica puede fundamentar una ayuda pública, en cuanto se verifique una lesión generadora de las consecuencias normativamente exigidas en esta Ley. Además, con independencia de la concreción o no de lesiones físicas o psíquicas resarcibles, el tratamiento psicológico de la mujer maltratada debería ser objeto de cobertura en las mismas condiciones reservadas a la mujer sexualmente victimizada (art. 6.4 LAAVD).

Los daños producidos por acciones imprudentes quedan fuera de cobertura, aduciéndose, para justificar esta exclusión, elementales razones financieras y precedentes comparados. De manera expresa se declaran asimismo fuera de esta protección pública los daños morales así como

cabe entender que tampoco quedar amparados los daños sociales, cuya existencia, sin embargo, reconoce paladinamente la Exposición de Motivos (cuando alude a las eventuales dificultades de reinserción victi-mal en el tejido social).

Sin embargo, aunque sea cierto que estos *daños morales o sociales* no son susceptibles de valoración objetiva, en ocasiones sí se hacen acreedores a la consideración estatal. La devastación moral acarreada por el delito, en términos de angustia, dolor y sufrimiento son a menudo contemplados en los programas de compensación pública comparada, así como la pérdida de arraigo comunitario, con la necesidad de cambiar de zona residencial o de trasladarse a otra ciudad, precisamente a consecuencia de ese menoscabo social.

La *Ley Orgánica 35/1995* reconoce como *beneficiarios* de la ayuda a las víctimas directas o indirectas de delitos dolosos y violentos, que hayan sufrido grave lesión corporal o grave trastorno en su salud física o mental, así como las víctimas de delitos sexuales (art. 1.2 LAAVD).

En caso de fallecimiento de la víctima directa, se reconocen beneficios a determinadas víctimas indirectas: cónyuge o persona vinculada por análoga al matrimonio, sea cual sea su orientación sexual, (se exigen dos años mínimos de convivencia anterior a la muerte, salvo que hubiera hijos en común), hijos dependientes del fallecido, hijos dependientes de los cónyuges o personas análogamente relacionadas con el fallecido (art. 2.3. a), b), c) LAAVD). En defecto de estas víctimas indirectas, serán beneficiarios los padres dependientes del fallecido (art. 2.3 d) LAAVD, ayuda entonces limitada a la estricta cobertura de pompas fúnebres, art. 6.3). LAAVD. Se articula un sistema para el reparto de la ayuda, en supuestos de confluencia de varias víctimas indirectas (art. 4 LAAVD).

Se exige tanto a las víctimas directas como a las indirectas ser españoles o nacionales de algún otro estado de la Unión Europea, o a quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o bien exista reciprocidad en el tratamiento compensatorio deparado a los españoles residentes en su país. El Reglamento consagra un concepto formal del requisito de residencia habitual, vinculado a residencia legal (art. 2 Rglto).

Ello deja en el desamparo, a efectos de poder percibir esta ayuda, a aquellas mujeres transportadas a España con aprovechamiento de su estado de necesidad y, sin documentos, integradas lastimosamente en redes de explotación sexual. A su degradación como mujeres se añade el menosprecio de su condición marginal o tercermundista.

Se establecen unas *cláusulas denegatorias o limitativas* (art. 3 LAAVD), cuya aplicación, en ocasiones, puede ser peligrosa para la mujer. Contemplan circunstancias que según el texto legal, no permiten conceder la ayuda sin transgresión de la equidad y orden público, y que, necesariamente han de venir declaradas en sentencia. Si concurren, se puede limitar o incluso denegar absolutamente la partida.

Alude, así, la Ley (art. 3.1.a) a una *contribución directa o indirecta* a la comisión delictiva o al agravamiento de perjuicios. Constituye ésta una de las llamadas cláusulas de reprensión a la víctima, por su comportamiento *precipitativo* del delito. Su indefinición es extrema, y los peligros de su uso abusivo en perjuicio de la mujer victimizada, es evidente, toda vez que no sólo se contempla una vinculación causal concreta, sino que bastan las conexiones vagorosas, inespecíficas o, en suma, indirectas.

En los aspectos de victimización familiar, cualquier acción, intencionada o no, por parte de la víctima, puede suscitar una reacción agresiva, justificando la estimación de incitación directa o indirecta. En el ámbito de victimización sexual, son consabidos, los planteamientos sexistas sobre el carácter determinante y contributivo de la mujer por su aspecto, actitud, o ropa. Por fortuna, la tendencia jurisprudencial a estimar disminuida la imputabilidad del autor en base a esta ponderación es un uso en decadencia (en otros sistemas penales, así, el portugués, en cambio, la contribución o provocación sexual configura un tipo atenuado). Sin embargo, cabe el peligro de que se reproduzca el odioso planteamiento, esta vez estando en juego no la atenuación de la responsabilidad penal del autor, sino la de la responsabilidad civil nacida del delito (art. 114 Cp.) o, muy especialmente, la reducción o total denegación de esta ayuda pública.

En segundo lugar, art. 3. 1.b) LAAVD se atiende a las *relaciones del*

beneficiario con el autor del delito o su pertenencia a una organización dedicada a las actividades delictivo violentas. El carácter de la relación beneficiario-ofensor no puede venir referido a meros aspectos de vinculación familiar o afectiva, pues entonces se estaría incurriendo en directa discriminación por motivos parentales o afectivos (así, la existencia objetiva de vínculo conyugal, parental o sentimental como causa de minoración o denegación de la partida), y los delitos intrafamiliares no podrían ser compensados. Hay que recordar, por ejemplo, cómo en los delitos patrimoniales, la excusa absolutoria por razón de parentesco no alcanza a los delitos violentos o intimidatorios ni a la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 268 Cp.). Por conexión con la circunstancia integrada en segundo lugar en la misma letra b) habrá de entenderse que se refiere a vinculación en torno a la perpetración familiarmente organizada de delitos violentos.

En nuestro sistema, a tenor del art 3.1 LAAVD, no es un organismo administrativo quién decide la existencia de reprochabilidad de la conducta victimal (lo que a menudo sucede en el plano comparado), ya que las circunstancias que arrastran la denegación o reducción de ayuda habrán de venir declaradas en la sentencia (art. 3.1 LAAVD). Ello, sin embargo, parece dar alas a la emisión por el juez de juicios de valor sobre el comportamiento o actitud de las víctimas, encargo hasta ahora no estimado necesario en la tradicional función de enjuiciamiento, abriendo el campo aun más a la ya amplísima discrecionalidad judicial en la responsabilidad civil nacida del delito.

El art. 3.2. LAAVD posibilita que la percepción de aquellas víctimas indirectas en *situación de desamparo*, no se vea alterada en razón del comportamiento reprochable de la víctima directa. El reproche a la víctima directa seguirá pesando, así, sobre los beneficiarios supervivientes que no estén inmersos en una situación de indigencia material.

En la cuantificación de las ayudas, la Ley se remite a los conceptos establecidos en la regulación de la Seguridad Social (art. 4.2 LAAVD). Sobre cada uno de los apartados (muerte, lesiones invalidantes permanentes, o incapacidad temporal superior a seis meses) se establecen unos máximos, a los que se aplicarán coeficientes correctores que atienden a

la situación económica victimal, a la existencia de cargas familiares y a la intensidad del menoscabo experimentado, dentro de la concreta modalidad en que se ubique la lesión o trastorno (art. 6.2.LAAVD). La ayuda tiene como tope máximo la suma reparatoria asignada en concepto de responsabilidad civil.

En los supuestos de victimización sexual, el tratamiento terapéutico de los daños a la salud psíquica, libremente elegido por la víctima, serán siempre cubiertos hasta el tope máximo designado reglamentariamente (en el art. 17 Rgto), cuantía que podrá eventualmente concurrir con la asignación procedente en razón de existencia de incapacidad temporal o lesiones invalidantes (art. 6.4 LAAVD). Tratamiento análogo debería dispensarse a los daños psíquicos en el maltrato doméstico.

Nuestro sistema es notoriamente restrictivo en la cobertura de la victimización sexual. En los modelos comparado es frecuente que en estos casos se concedan partidas en concepto de dolor, sufrimiento o angustia mental. Más aún, en algunos sistemas hay previstas asignaciones para las víctimas que afronten un embarazo o asuman la crianza de un hijo concebido en un delito contra la libertad sexual.

El art. 5 LAAVD establece incompatibilidades: con el resarcimiento civil por parte del obligado (la ayuda sólo procede cuando ésta no se percibe total o parcialmente), con las indemnizaciones derivadas de seguro privado (la ayuda será parcial si éstas no cubren lo fijado en concepto de responsabilidad civil nacida del delito) con los subsidios determinados conforme al régimen de Seguridad Social, y con cualquier pensión pública)

La acción para solicitar las ayudas prescribe al año de haberse producido el hecho delictivo, operando el proceso como periodo suspensivo (art. 7.1 LAAVD). También se prevé un plazo especial para el supuesto en que a las lesiones de victimización subsiga el fallecimiento, comprobada la causalidad (art. 7.2 LAAVD). El Ministerio de Economía y Hacienda tiene competencias de tramitación y resolución (art. 8 LAAVD), siendo sus decisiones impugnables por vía administrativa ante una Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las víctimas del delito (art. 11 LAAVD).

La concesión de la ayuda se condiciona a la acreditación de la denuncia (art. 9.c) LAAVD). Asimismo, es preciso que sobre el caso haya recaído resolución penal firme y definitiva (art. 9.e.) LAAVD). Sin embargo, en supuestos de extrema precariedad y desamparo, la víctima directa o indirecta pueden beneficiarse de una asignación provisional (art. 10 LAAVD).

Finalmente, se prevé la subrogación del estado en los derechos de la víctima frente al obligado civil, así como se permite la acción de reembolso total o parcial del estado contra la víctima en distintas circunstancias.

Así, la inexistencia del delito, declarada en sentencia reparación ulterior total o parcial del perjuicio sufrido, en plazo de tres años cuando el beneficiario que hubiera accedido a la prestación por medios fraudulentos activos u omisivos, y, finalmente, cuando la ayuda provisional sea inferior a la indemnización fijada luego en sentencia, recabándose el exceso (art. 14.LAAVD).

b) Asistencia pública

En cuanto a la problemática asistencial, la victimización secundaria venía afectando de manera muy intensa a las mujeres españolas en un sistema, como el nuestro, que adolece aún de críticas carencias en cuanto a las infraestructuras asistenciales, tanto en la atención inmediata de las víctimas como en la etapa de post-victimización. De ahí la relevancia de este incipiente esfuerzo público, que requiere un impulso continuado por parte de los poderes públicos, para que no quede en mero ademán políticamente correcto.

La asistencia a las víctimas se proyecta en la LAAVD sobre dos niveles genéricos, informativo y prestatario de servicios (arts. 15 y 16 LAVD).

En cuanto a los *deberes de información*, la ley declara el deber institucional de informar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual acerca las posibilidades indemnizatorias, de percepción de ayuda pública, y de obtener justicia gratuita. Este deber concierne a todos los operadores penales de carácter público: Jueces, Magistrados, Fiscales, autoridades y funcionarios públicos. (art. 15.1 LAAVD). En cuanto sea

posible, la policía habrá tener a la víctima al cabo del curso de su investigación (art. 15.2 LAAVD).

Se informará a la víctima que no ejerza la acción penal estableciendo un contenido mínimo preceptivo (fecha y lugar del juicio, notificación personal del resultado del juicio, aun cuando no haya optado por ser parte en el proceso (art. 15.4 LAAVD).

Ya tratamos en sus apartados específicos los encargos normativos a la Policía y al Ministerio Fiscal en orden a la evitación de victimizaciones secundarias (art. 15.2 y 5 LAAVD).

En el segundo nivel de protección, el art. 16.1 LAAVD regula la implantación preceptiva de *Oficinas de asistencia a las víctimas del delito*, en sedes de juzgados y Tribunales así como en las Fiscalías que lo requieran. Se prevé que la gestión de dichas oficinas pueda encomendarse a las Comunidades autónomas y corporaciones locales (art. 16.2 LAAVD). Se trata de un encargo en actual fase de desarrollo.

Las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito constituyen una infraestructura de apoyo técnico, profesional y humanitario que trata de solventar los problemas del impacto delictivo primario a inmediato o medio plazo. Cumplen una doble misión: de intervención y tratamiento de la crisis de victimización, y de asesoramiento e información. Son, además, una valiosísima fuente de conocimiento y registro en relación con las experiencias y expectativas victimales. En Andalucía, creadas por la Conserjería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía y la experiencia, todavía corta, viene resultando muy satisfactoria.

Derechos de participación en la fase ejecutiva

Son puntuales y restrictivos en nuestro ordenamiento.

En la aplicación de la pena (art. 66 Cp.), ni siquiera se contemplan parámetros victimológicos de referencia (sólo se alude a las circunstancias del delincuente y la gravedad del hecho).

El *perdón del ofendido* extingue la responsabilidad penal, pero, a partir de un repertorio normativamente explicitado: sólo será posible en los supuestos perseguibles a instancia del agraviado o sus representantes legales cuando así lo especifique una previsión legal. El Ministerio Fiscal está habilitado para rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquellos. Sin embargo, ahora se establece que, además de escuchar al Ministerio Fiscal, también serán escuchados dichos representantes (art.130 Cp.).

El art. 191.2 Cp. enfatiza la inexistencia de efectos penales del perdón en los delitos de agresiones sexuales, acoso y abusos sexuales. De otra parte, desaparece la posibilidad de perdón del ámbito del abandono de familia.

En términos generales, el perdón es una figura en progresiva decadencia, por cuanto el ámbito de eficacia se ve cada vez más constreñido. Desde un punto de vista victimológico, alguna doctrina critica lo excesivo de estos límites, que pueden suponer, en términos prácticos, un drástico recorte, no siempre justificado, de las posibilidades victimales de controlar su conflicto, en definitiva, una reducción del ámbito de libertad de las víctimas.

La perspectiva de la víctima es considerada a efectos de concesión de un indulto. La Ley 19-6-1870, sobre ejercicio de la gracia de indulto, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero, estipula en su art. 24 la precisión de escuchar a la víctima en la tramitación. El nuevo Código penal no hace alusión alguna a dicha intervención victimal.

En la *suspensión de la ejecución de la pena*, las partes será oídas; sin embargo, la decisión judicial no atenderá las circunstancias personales de la víctima, aunque sí los esfuerzos reparatorios del ofensor (art. 88). Respecto de los delitos perseguibles a instancia del agraviado, ya no se condiciona la concesión del beneficio a previa solicitud del agraviado, aunque, desde luego, se mantiene la necesidad de que la víctima sea escuchada antes de la concesión del beneficio (86 Cp.).

Respecto de la *libertad condicional*, el Código no precisa siquiera la

necesidad de escuchar a la víctima, muy de acuerdo con la tendencia consignada que no reconoce derechos victimales de participación o información en la fase ejecutiva.

Así, el RD. de 26 de abril de 1996 regulador las condiciones de ejecución de las nuevas sanciones (*arresto de fin de semana*, *trabajos en beneficio de la comunidad*). No se ofrecen parámetros victimológicos en dicha regulación, algo especialmente lamentable respecto de la ejecución de los *trabajos en beneficio de la comunidad*, los cuales, en buena lógica, debieran de revertir principalmente en favor de aquel sector comunitario más directamente perturbado por la infracción penal: las víctimas. Éstas no poseen facultad de proposición de los posibles trabajos, ni derechos de control o información.

Derecho de asociación

En el sistema español, el art. 22 CE acoge el derecho de asociación, que las víctimas del delito han sabido ejercer con excelentes resultados para sus reclamaciones. En efecto, el asociacionismo victimal ha sido ejercido en torno a un común eje de tutela social, especialmente en lo relativo a colectivos de víctimas vulnerables, como sucede en los casos de colectivos de mujeres marginadas por raza, víctimas de agresiones sexuales y malos tratos.

Desde una óptica social su relevancia es manifiesta en la creación de estados de opinión. El asociacionismo victimológico deviene un recurso básico en la obtención de respuestas solidarias con los problemas de la mujer victimizada; de ahí que su interés social merezca ser plenamente amparado por los poderes públicos.

La importancia del fenómeno asociativo se traslada hoy incluso al terreno procesal. Así, se considera hoy formalista la doctrina contraria a los derechos de personación de las asociaciones, por ser personas jurídicas de las que no puede predicarse la ciudadanía a la que se alude en el art. 101 LECr.

En la relevante STC. 241/92, donde se discute el derecho de personación de la *Asociación de Mujeres de Policía Nacional de Guipúzcoa*, se establece no sólo la posibilidad de que los colectivos y asociaciones puedan ejercer la acción popular, dando satisfacción al interés común de defensa del ordenamiento, sino que, eventualmente, si existe un interés directo distinto del general, tienen el derecho de legitimación activa propio de la víctima, como ofendida o perjudicada.

La relevancia de los colectivos de mujeres victimizadas, especialmente en los delitos de género, trasciende el ámbito procesal, donde su apoyo puede ser decisivo a la hora de neutralizar el miedo a la denuncia y a la soledad procesal de la víctima, para extenderse a la fase de rehabilitación, donde asumir iniciativas en el auxilio y asistencia a otras víctimas puede erigirse en un expediente tan eficaz como constructivo.

8. LA MUJER EL SISTEMA PENITENCIARIO

PLANTEAMIENTO

La problemática específica de la mujer en cuanto penada y reclusa nos remiten a la consideración de los aspectos de victimización institucional o victimización terciaria que en la misma pueden apreciarse. Que la condición de mujer y sus implicaciones aporta un gravamen añadido a la condición de la reclusa es una afirmación no por consabida menos cierta. Dicha vulnerabilidad se substancia desde una doble perspectiva:

Mujer en cuanto reclusa: la función protagonista socialmente desempeñada por la mujer en el ámbito de las relaciones interpersonales y familiares hace más aflictivo e irrecuperable el desarraigo. Difícil es, en efecto, la reinserción laboral y recuperación de la reclusa como ser socialmente valioso. Ello se debe tanto a la falta de preparación y de medios, junto con la fuerte estigmatización social a la que se ve expuesta, precisamente por la rareza estadística de la delictividad femenina. Pero la recuperación del *status* familiar de la mujer es labor todavía más ardua, si es que si es que es aún formalmente posible. La prisión, así, supone una desintegración absoluta de la mujer a todos los niveles apreciables.

Reclusa en cuanto mujer: La mujer delinque en menor medida que el hombre. Sea cual sea la razón con la que se quiera argumentar la desproporción de tasa (paternalismo judicial, desventaja física, menor componente violento en su estructura psíquica, cifra negra de criminalidad femenina sumergida, menor exposición al delito), lo cierto es que el mero dato estadístico tiene una relevancia fundamental: al ser reducido el colectivo prisional femenino, el mismo se constituye en minoría marginal dentro de la población reclusa general.

Ello se proyecta en no pocos aspectos de victimización terciaria, pero, máximamente, en el desconocimiento de su problemática particular. Cuando se habla de la hacinación, de la violencia prisional, agresiones sexuales, la transmisión del SIDA en la sociedad carcelaria, se alude, sin duda, a gravísimos problemas que, no por merecer la máxima conside-

ración, deben agotar el debate acerca de las condiciones penitenciarias: los indicados no son desde luego los problemas básicos ni específicos del colectivo de mujeres reclusas. Así, de entre todas las carencias que afronta la mujer en prisión no es la menor el hecho de que los poderes públicos no velen por que la reclusa tenga voz propia, o la exprese con la necesaria repercusión, tanto científica como práctica. Se echan lastimosamente en falta estudios de campo y estadísticos sobre la problemática específica, quejas y expectativas de la mujer reclusa. Por ello, la mujer en el mundo carcelario constituye una figura en gran medida incógnita.

Este panorama no es nuevo: los aspectos victimológicos característicos de la prisionalización de la mujer ya fueron puestos en evidencia por - así, la mayor estigmatización social, la desintegración de su estructura familia (problemática a la que viene en nuestros días a poner su particular impronta dramática la problemática de la droga en las cárceles, común a ambos colectivos penitenciarios). Más allá de la eminente obra científica y humanitaria de esta penitenciarista, la primera reforma general con repercusión positiva en el status de la mujer reclusa vino de la mano de Victoria Kent, nombrada Directora General de Prisiones en 1931. Entre sus logros, cabe apuntar la instauración de escuelas y talleres, supresión de grilletes, libertad de culto, la facultad de formular quejas, la posibilidad de tener a sus hijos de hasta tres años en prisión y el acceso a los permisos de salida.

Normativa penitenciaria aplicable a la mujer reclusa

Nuestra vigente normativa penitenciaria aspira a ofrecer un apropiado marco al reequilibrio público de la situación penitenciaria femenina. También, en efecto, el ámbito penitenciario está transido por el principio de no discriminación. Así lo reconoce, en su art. 3 la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y, aún más directamente, el actual Reglamento penitenciario de art. 4 RP, descartando explícitamente la *discriminación por razón de sexo* (art. 4.1 RP).

En el mismo se introduce un amplio listado de derechos jurídicos de los cuales el recluso es titular en igualdad: derecho a la custodia pública de

su salud, integridad física y moral, dignidad e intimidad en el ámbito penitenciario, (art.4. 2.a y b RP.), al ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales en los aspectos compatibles con su detención cumplimiento penitenciario (art 4.2.c RP.), al tratamiento penitenciario (art. 4.2.d. RP), a las relaciones con el exterior contemplada por la normativa (art. 4. 2.e RP.), a al trabajo remunerado y a las prestaciones públicas eventualmente procedentes (art. 4.2. f y g RP.), a los beneficios penitenciarios (art. 4.2.h. RP.), a participar en las actividades del centro, (art. 4.2.i. RP.) y a formular peticiones y quejas ante las Autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a defender los derechos e intereses legítimos previstos reglamentariamente en orden a estas facultades (art. 4.2.j RP.) y a recibir información referente a su situación procesal y penitenciaria (art. 4.2. k RP.).

En el ámbito penitenciario, siguiendo el tenor de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de la ONU, art. 8 a), rige el tradicional principio de separación entre sexos tanto para internos en prisión preventiva (arts. 8.1, y 16.a LOGP) como en régimen de cumplimiento, sea en establecimiento de régimen ordinario o de régimen abierto (art. 9 LOGP., art. 16.a) RP.). Subsidiariamente, tanto en el régimen preventivo como en el penitenciario, si no existen Establecimientos para mujeres, éstas ocuparán en los de hombres unidades separadas con organización diferenciada. Lo mismo ocurrirá cuando no existan centros en la provincia centros de jóvenes (arts. 8 y 9 LOGP y art. 16 RP.).

La menor tasa de criminalidad de la mujer infractora, así la naturaleza no violenta de su delito promedio (delitos contra la salud pública y delitos patrimoniales) parece que debieran propiciar a este colectivo, relativamente más reducido y controlable, unas instalaciones cualificadamente personalizadas y adaptadas a sus condiciones y necesidades. Se evidencia que ello no es así, sin embargo. En la generalidad de los casos, es la población reclusa femenina la que ha de adaptarse y humanizar recursos e instalaciones que no han sido previstas ni diseñadas pensando en su reeducación. Son contadas las provincias que disponen de centros penitenciarios de mujeres (así, se ubican en los grandes núcleos urbanos (Madrid, Barcelona, Sevilla), siendo la regla general la agrupación de

reclusas en departamentos o unidades separados anexas a macrocomplejos penitenciarios.

No es éste el único problema que se deriva de la condición de minoría de la mujer reclusa. La separación entre preventivos y jóvenes (máximo de veinticinco años art. 9.2 LOGP), resulta organizativamente más dificultosa en términos cuando se trata de aplicar a los colectivos, más reducidos, de mujeres. El resultado de ello es el peligro de inobservancia de las reglas de separación, piedra fundamental del edificio reeducador de nuestro sistema penitenciario. Una situación que en 1988 hubo de ser puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo, en su Informe sobre la Situación Penitenciaria en España, quien denunció la confusión de preventivas con penadas, jóvenes con mayores e internas en diferentes grados de clasificación.

A este panorama se suma hoy una nueva necesidad de separación, como es la que se establece en relación con el cumplimiento de pena de *arresto de fin de semana*, que contempla el art. 37 Cp. y que desarrolla el RD. 690/1996, de 26 de abril y en el que se determina el cumplimiento en celda individual y en régimen de aislamiento, para prevenir efectos criminógenos (art.17 RD. 690/1996). Por otra parte, el posible cumplimiento ininterrumpido del arresto de fin de semana, que con carácter sancionador, puede imponer el juez de vigilancia penitenciaria, (arts. 37.3 Cp. y 23 RD. 690/1996), aporta especiales perfiles conflictivos.

El art. 16.a) LOGP ya abría un portillo de excepción a la eventual suspensión del principio de separación de sexos en el cumplimiento de la pena de prisión. A esta indefinida posibilidad se acogieron los primeros ensayos de internamiento mixto (así, en centros de Alcalá de Henares y Valencia.). Hoy, el Reglamento dota de contenido a la alusión de la Ley General Penitenciaria, y regula el internamiento en Establecimiento o Departamento mixto (arts. 168 y ss. y. 99.3 RP.). Se trata de una posibilidad excepcional que el Centro directivo podrá acordar en ejecución de programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, estableciendo así Centros o Departamentos mixtos. En la selección, además del preceptivo consentimiento de los interesados, habrán de valorarse circunstancias penitenciarias y parámetros personales de los

candidatos, en especial las variables de autocontrol individual (art. 169.2 RP.). Se excluye la selección de internos condenados contra la libertad sexual. A esta proscripción debería taxativamente sumarse la de los condenados por delitos de violencia contra la mujer, más allá de la mera indicación de valoración del autocontrol. Se prevé la interesante posibilidad de dispensación de terapias comunitarias intergenéricas así como el establecimiento de actividades comunes (arts. 170 y 171 RP.) así como se establece un principio de favorecimiento de la convivencia conyugal (art. 172 RD.).

La protección de la familia, de este modo, y en todo caso, está supeditada a las circunstancias de tratamiento, grado de clasificación, seguridad o buen orden del establecimiento. La convivencia entre cónyuges será una línea a seguir en la política penitenciaria, pero, en todo caso, se articula como una facultad potestativa de la administración, y no un derecho del interno o interna, de forma análoga a lo que se razona en la STC. 3 de junio de 1987 en relación con la posibilidad de comunicación familiar e íntima del art. 53 LOGP.

En el art. 38.2 LOGP. se dispensa un especial régimen de cumplimiento, previsto para facilitar la convivencia de la interna con sus hijos menores de tres años bajo su patria potestad, una vez acreditada su filiación. Como declara el mismo artículo, se trata de potenciar la relación materno-filial y la formación de la personalidad del niño, en superación de las disfunciones que la reclusión de la madre pudiera comportar. Para ello la normativa potenciará convenios con entidades públicas y privadas (arts. 38.2 LOGP. y 17.6 RP.).

En todo caso, no se trata de medidas de discriminación positiva o de privilegio de las reclusas, ya que, como entiende la Fiscalía General del Estado, estas disposiciones no desarrolla un derecho familiar de la madre, sino un derecho del menor a no ser privado de la compañía materna, fundamental en los primeras etapas de desarrollo infantil, al menos hasta donde sea posible mantener dicha convivencia con su derecho a la indemnidad psicológica (Instrucción 6/1990 de 5 de diciembre, Sobre menores ingresados en los Centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas).

Ese punto de colisión (derecho a convivir con la madre/indemnidad psicológica) se sitúa con rigidez objetiva en los tres años (antes de la reforma de la LOGP, por LO. 13/1995 de 18 de diciembre, se admitía la convivencia hasta la edad de seis años, en que comenzaba la escolaridad obligatoria). A partir de los tres años, se estima ^o que la convivencia sólo puede mantenerse a costa de la indemnidad psíquica del menor más consciente de la especial situación de convivencia, y candidato, por ello, a la recepción de efectos prisionizadores. El interés del menor, sin embargo, acaso hubiera precisado la previsión de ciertos márgenes de excepción y de flexibilidad.

Así, pues, en caso de colisión de intereses, los de la madre interna serán propuestos a los del menor, como declara como criterio general el art. 17.4. RP. Por ello, dicho precepto exige que, además de la filiación, se acredite que dicha convivencia prisional no va a entrañar riesgos para el menor (art. 17.1 RP). La decisión de admisión, otorgada por el Consejo de Dirección, debe ser notificada al del Ministerio Fiscal (art. 17.1 y 2. RP). Evidentemente, los malos tratos físicos o psíquicos del menor o el uso instrumental del mismo para usos ilícitos tendrá consecuencias en cuanto a la ruptura de la convivencia y detracción de responsabilidad penal (art. 181 RP).

Admitido el ingreso del niño, y previo reconocimiento médico, ocupará con su madre la habitación que se le designe dentro de la unidad de madres (art 17.3 RP).

La unidad de madres está separada arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico sanitarias y de salidas que requiera la convivencia de los menores (art. 17.5). Dentro de estas unidades se dispondrá de guardería infantil (arts. 38 LOGP. y 17.5 RP).

Los requerimientos educativos y recreativos del niño se contemplan en el art. 178 RP, en el cual se encomienda a la Junta de Tratamiento, la programación de actividades formativas y lúdicas, salidas al exterior e integración en la comunidad donde se ubique el Establecimiento, con la necesaria colaboración de los especialistas en Educación Infantil (art.

178.2^a) y de los servicios sociales del Centro (art. 178.1^a RP.). Los menores contarán con horas de descanso, juego y régimen de visitas especialmente abierto ya que no admite restricciones en cuanto a su frecuencia e intimidad, sólo quedando ceñido a la organización regimental en cuanto a su duración y horario (arts. 38 LOGP. y 178 4^a y 5^a RP.). Si la madre carece de medios, la administración dispensará la ayuda necesaria para el cuidado infantil de los hijos convivientes (178 6^a RP.). Es claro que el modelo de intervención penitenciaria que se diseñe para estas internas habrá de ponderar específicamente su condición de madre con hijos convivientes en prisión.

La convivencia con las madres internas también puede darse en las llamadas Unidades Dependientes (art. 180 RP.), posibilidad dispuesta para internas clasificadas en tercer grado. No se trata de comunidades prisionales ya que su ubicación es exterior, y obteniéndose una máxima integración comunitaria del menor. Se trata de una medida óptima para potenciar fases de adaptación intermedias de la penada a situaciones de normalidad laboral y familiar, en las que se vive una situación material de libertad controlada. En ese templado régimen de internamiento, los efectos de prisionalización son susceptibles de una más viable neutralización. De ahí que no se explica por qué el legislador se atiene maquinalmente a idéntico tope máximo convivencial de tres años.

Otras formas de proteger los derechos familiares distintas de la convivencia se prevén en el art. 179 RP., estableciendo horarios flexibles de pernocta e ingreso en el establecimiento para las internas en tercer grado con hijos menores, aprobándose un horario personalizado que permita el mayor contacto familiar. En el mismo sentido, el art. 45 permite la concesión de visitas de convivencia de la interna con su hijo hasta la edad de diez años, a partir de la cual la comunicación vis a vis con el menor se hace incomprensiblemente inviable (art. 45.6). Por último, la sanción de aislamiento en celda no podrá aplicarse a las madres lactantes y a las que tuviesen a sus hijos consigo (arts. 43.3 LOGP. y 254.3 RP.).

Por lo que hace a la interna en situación gestacional o puerperal, los arts. 38.1 LOGP. y 213.1 RP. establece la preceptividad de una dependencia sanitaria dotada con el material de obstetricia preciso para el tratamien-

to de las mismas, así como para la asistencia de partos de urgencia (que sólo en tales casos tendrá lugar en el Establecimiento penitenciario, en armonía con lo que prescribe la Regla 23.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas). En el mismo sentido tampoco las mujeres gestantes o mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo podrán ser sancionadas con aislamiento en celda (arts. 43.3 LOGP. y 254.3 RP).

Aparte de alguna consideración de intendencia, relativa al suministro de artículos necesarios de uso normal para la higiene de la reclusa, e la normativa penitenciaria no hay mayores contemplaciones específicas o reglas que fomenten la compensación de la precaria situación de la mujer, que el ámbito prisional pone más en evidencia.

Finalmente, hay que recordar que la especial situación de dependencia de la interna la hace más vulnerable a las presiones sexuales eventualmente ejercidas. El art. 444 Cp. comprende el supuesto de sollicitación sexual del funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores a persona sujeta a su guarda (para un estudio genérico, vid acoso sexual (pág. del presente estudio). El precepto sólo contempla como sujeto activo al funcionario de prisiones, sin comprender a la autoridad, por lo que, inexplicablemente, el caso de ser ésta quien perpetra el acoso la conducta se remitiría al art. 443 Cp., menos castigado.

ANEXO DE LEGISLACION PENAL

Normativa penal

Código penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado en el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, (BOE núms 297 a 300, del 12 al 15 de diciembre).

Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, (BOE núm 291, de 24 de noviembre).

Ley 3 de marzo de 1956 sobre la Abolición de los Centros de Tolerancia y otras medidas relativas a la Prostitución, desarrollado por Orden 23 de abril de 1956, (BOE núm 70, de 10 de marzo).

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, de Actualización del Código penal, (BOE núm 148, de 22 de junio).

Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, (BOE núm, 104, de 1 de mayo).

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (BOE núm. 138, de 10 de junio).

Normativa complementaria

Real Decreto 20409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, (BOE núm 281, de 24 de noviembre).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana, (BOE núm 282, de 24 de noviembre).

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de

Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, (BOE núm. 296, de 12 de diciembre).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (BOE núm 15, de 17 de enero).

Real Decreto 738/1997, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, (BOE núm 126, de 27 de mayo).

Normativa internacional

Convenio 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adhesión española por instrumento de 18 de junio 1962 (BOE núm. 230, de septiembre de 1962).

Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado por instrumento de 16 de diciembre de 1983 (BOE núm 69, de 21 de marzo de 1984).

Resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Acción Común, de 29 de noviembre de 1996, del Consejo de la Unión Europea, sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños.

Normativa procesal

Ley de Enjuiciamiento criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982 ("Gaceta" núms. 260 a 283, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1982).

Ley Orgánica 7/ 1988 de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 131, de 30 de diciembre).

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales (BOE núm 307, de 24 de diciembre).

Ley 17/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm 11, de 12 de enero).

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1955 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm 138, de 10 de junio).

Normativa penitenciaria

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE núm 239)

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el reglamento Penitenciario (BOE núm 40, de 15 de febrero).

Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, (BOE núm 120, de 17 de mayo).

ANEXO DE JURISPRUDENCIA PENAL

VIOLACIÓN

- STS. de 6 de octubre de 1998 (Ar. 8045)
STS. de 20 de junio de 1998 (Ar.6563)
STS. de 13 de julio de 1998 (Ar.5823)
STS. de 10 de junio de 1998 (Ar. 5162)
STS. de 6 de junio de 1998 (Ar. 5141)
STS. de 21 de mayo de 1998 (Ar. 4894)
STS. de 16 de mayo de 1998 (Ar. 4878)
STS. de 14 de mayo de 1998 (Ar. 4427)
STS. de 14 de abril de 1998 (Ar. 4025)
STS. de 2 de abril de 1998 (Ar. 2965)
STS. de 4 de marzo de 1998 (Ar. 2538)
STS. de 2 de febrero de 1998 (Ar. 412)
STS. de 15 de enero de 1998 (Ar. 141)
STS. de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9218)
STS. de 17 de diciembre de 1997 (Ar. 8770)
STS. de 24 de noviembre de 1997 (Ar. 8357)
STS. de 25 de noviembre de 1997 (Ar. 8354)
STS. de 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8325)
STS. de 24 de noviembre de 1997 (Ar. 8220)
STS. de 13 de noviembre de 1997 (Ar. 7857)
STS. de 17 de octubre de 1997 (Ar. 7671)
STS. de 10 de octubre de 1997 (Ar. 7224)
STS. de 3 de octubre de 1997 (Ar. 7001)
STS. de 30 de septiembre de 1997 (Ar. 6831)
STS. de 14 de julio de 1997 (Ar. 6237)
STS. de 12 de julio de 1997 (Ar. 6012)
STS. de 17 de julio de 1997 (Ar. 5773)
STS. de 30 de junio de 1997 (Ar. 5167)
STS. de 30 de junio de 1997 (Ar. 4961)
STS. de 13 de junio de 1997 (Ar. 4893)
STS. de 9 de junio de 1997 (Ar. 4876)
STS. de 7 de junio de 1997 (Ar. 4869)
STS. de 10 de junio de 1997 (Ar. 4672)
STS. de 10 de junio de 1997 (Ar. 4671)
STS. de 30 de abril de 1997 (Ar. 4537)
STS. de 24 de mayo de 1997 (Ar. 4438)
STS. de 20 de mayo de 1997 (Ar. 4262)
STS. de 14 de mayo de 1997 (Ar. 4044)
STS. de 8 de mayo de 1997 (Ar. 4036)
STS. de 12 de mayo de 1997 (Ar. 3809)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3532)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3531)
STS. de 19 de abril de 1997 (Ar. 3529)
STS. de 29 de abril de 1997 (Ar. 3380)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3265)
STS. de 22 de abril de 1997 (Ar. 3255)
STS. de 18 de abril de 1997 (Ar. 2994)
STS. de 10 de abril de 1997 (Ar. 2925)
STS. de 14 de abril de 1997 (Ar. 2819)
STS. de 10 de abril de 1997 (Ar. 2770)
STS. de 31 de marzo de 1997 (Ar. 2520)
STS. de 15 de marzo de 1997 (Ar. 2355)
STS. de 28 de febrero de 1997 (Ar. 2324)
STS. de 19 de febrero de 1997 (Ar. 2209)
STS. de 3 de marzo de 1997 (Ar. 1823)
STS. de 6 de marzo de 1997 (Ar. 1723)
STS. de 6 de marzo de 1997 (Ar. 1700)
STS. de 23 de marzo de 1997 (Ar. 1696)
STS. de 20 de febrero de 1997 (Ar. 1563)
STS. de 27 de febrero de 1997 (Ar. 1461)
STS. de 12 de febrero de 1997 (Ar. 1363)
STS. de 7 de febrero de 1997 (Ar. 1278)
STS. de 5 de febrero de 1997 (Ar. 884)
STS. de 15 de febrero de 1997 (Ar. 837)
STS. de 7 de febrero de 1997 (Ar. 658)
STS. de 31 de enero de 1997 (Ar. 397)
STS. de 31 de enero de 1997 (Ar. 396)
STS. de 30 de enero de 1997 (Ar. 393)
STS. de 23 de enero de 1997 (Ar. 341)
STS. de 27 de enero de 1997 (Ar. 318)
STS. de 24 de enero de 1997 (Ar. 107)
STS. de 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9780)
STS. de 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9662)
STS. de 23 de diciembre de 1996 (Ar. 9500)
STS. de 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9012)
STS. de 12 de diciembre de 1996 (Ar. 8903)
STS. de 28 de noviembre de 1996 (Ar.

8889)
STS. de 9 de diciembre de 1996 (Ar. 8779)
STS. de 5 de diciembre de 1996 (Ar. 8777)
STS. de 29 de noviembre de 1996 (Ar. 8679)
STS. de 20 de noviembre de 1996 (Ar. 8397)
STS. de 11 de noviembre de 1996 (Ar. 8247)
STS. de 12 de noviembre de 1996 (Ar. 8198)
STS. de 23 de octubre de 1996 (Ar. 8040)
STS. de 26 de octubre de 1996 (Ar. 7880)
STS. de 28 de octubre de 1996 (Ar. 7755)
STS. de 29 de octubre de 1996 (Ar. 7670)
STS. de 11 de octubre de 1996 (Ar. 7573)
STS. de 16 de octubre de 1996 (Ar. 7462)
STS. de 28 de setiembre de 1996 (Ar. 6934)
STS. de 12 de julio de 1996 (Ar. 5610)
STS. de 3 de junio de 1996 (Ar. 4726)
STS. de 25 mayo de 1996 (Ar. 4562)
STS. de 13 de mayo 1996 (Ar. 4547)
STS. de 23 de mayo 1996 (Ar. 4543)
STS. de 24 de mayo de 1996 (Ar. 4019)
STS. de 22 de mayo de 1996 (Ar. 4000)
STS. de 17 de mayo de 1996 (Ar. 3888)
STS. de 13 de mayo de 1996 (Ar. 3818)
STS. de 10 de mayo de 1996 (Ar. 3811)
STS. de 26 de abril de 1996 (Ar. 3763)
STS. de 11 de abril de 1996 (Ar. 3698)
STS. de 20 de abril de 1996 (Ar. 3058)
STS. de 11 de marzo de 1996 (Ar. 2458)
STS. de 1 de marzo de 1996 (Ar. 2457)
STS. de 15 de marzo de 1996 (Ar. 2408)
STS. de 7 de marzo de 1996 (Ar. 2012)
STS. de 29 de marzo de 1996 (Ar. 2005)
STS. de 25 de marzo de 1996 (Ar. 1926)
STS. de 11 de marzo de 1996 (Ar. 1907)
STS. de 4 de marzo de 1996 (Ar. 1895)
STS. de 12 de febrero de 1996 (Ar. 1551)
STS. de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1330)
STS. de 5 de febrero de 1996 (Ar. 1046)
STS. de 19 de febrero de 1996 (Ar. 918)
STS. de 19 de febrero de 1996 (Ar. 885)
STS. de 19 de febrero de 1996 (Ar. 884)
STS. de 8 de febrero de 1996 (Ar. 829)
STS. de 2 de enero de 1996 (Ar. 78)
STS. de 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9454)
STS. de 4 de diciembre de 1995 (Ar. 9034)
STS. de 23 de noviembre de 1995 (Ar. 8781)

STS. de 20 de noviembre de 1995 (Ar. 8315)
STS. de 8 de noviembre de 1995 (Ar. 8093)
STS. de 7 de noviembre de 1995 (Ar. 8090)
STS. de 13 de noviembre de 1995 (Ar. 8027)
STS. de 6 de octubre de 1995 (Ar. 7399)
STS. de 22 de septiembre de 1995 (Ar. 6928)
STS. de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 6370)
STS. de 12 de julio de 1995 (Ar. 5549)
STS. de 7 de julio de 1995 (Ar. 5436)
STS. de 4 de julio de 1995 (Ar. 5381)
STS. de 26 de junio de 1995 (Ar. 5347)
STS. de 27 de febrero de 1995 (Ar. 5344)
STS. de 20 de junio de 1995 (Ar. 4832)
STS. de 15 de junio de 1995 (Ar. 4569)
STS. de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4492)
STS. de 16 de mayo de 1995 (Ar. 4488)
STS. de 29 de mayo de 1995 (Ar. 3958)
STS. de 23 de mayo de 1995 (Ar. 3909)
STS. de 19 de abril de 1995 (Ar. 3526)
STS. de 27 de abril de 1995 (Ar. 3381)

ESTUPRO

STS. de 6 de octubre de 1998 (Ar. 8045)
STS. de 21 de mayo de 1998 (Ar. 4894)
STS. de 13 de abril de 1998 (Ar. 3768)
STS. de 2 de febrero de 1998 (Ar. 412)
STS. de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9218)
STS. de 17 de julio de 1997 (Ar. 5773)
STS. de 8 de julio de 1997 (Ar. 5487)
STS. de 26 de abril de 1997 (Ar. 3221)
STS. de 19 de abril de 1997 (Ar. 3028)
STS. de 11 de abril de 1997 (Ar. 2778)
STS. de 10 de abril de 1997 (Ar. 2770)
STS. de 31 de marzo de 1997 (Ar. 2520)
STS. de 8 de marzo de 1997 (Ar. 2217)
STS. de 14 de marzo de 1997 (Ar. 2017)
STS. de 31 de marzo de 1997 (Ar. 1966)
STS. de 30 de noviembre de 1996 (Ar. 9773)
STS. de 26 de diciembre de 1996 (Ar. 9654)
STS. de 9 de diciembre de 1996 (Ar. 8779)

- STS. de 11 de octubre de 1996 (Ar. 7148)
STS. de 1 de octubre de 1996 (Ar. 7014)
STS. de 22 de mayo de 1996 (Ar. 4000)
STS. de 10 de mayo de 1996 (Ar. 3811)
STS. de 15 de marzo de 1996 (Ar. 1951)
STS. de 25 de enero de 1996 (Ar. 616)
STS. de 2 de enero de 1996 (Ar. 78)
STS. de 8 de noviembre de 1995 (Ar. 8093)
STS. de 6 de octubre de 1995 (Ar. 7399)
STS. de 5 de octubre de 1995 (Ar. 7376)
STS. de 21 de septiembre de 1995 (Ar. 6639)
STS. de 22 de mayo de 1995 (Ar. 3908)
STS. de 19 de abril de 1995 (Ar. 3526)
STS. de 29 de abril de 1995 (Ar. 3028)
STS. de 28 de marzo de 1995 (Ar. 2244)
STS. de 17 de febrero de 1995 (Ar. 1189)
STS. de 28 de enero de 1995 (Ar. 266)
STS. de 10 de noviembre de 1994 (Ar. 8898)
STS. de 26 de octubre de 1994 (Ar. 8179)
STS. de 26 de septiembre de 1994 (Ar. 7188)
STS. de 15 de septiembre de 1994 (Ar. 6947)
STS. de 20 de julio de 1994 (Ar. 6616)
STS. de 27 de junio de 1994 (Ar. 6402)
STS. de 4 de julio de 1994 (Ar. 5872)
STS. de 18 de abril de 1994 (Ar. 3344)
STS. de 21 de junio de 1994 (Ar. 3145)
STS. de 7 de marzo de 1994 (Ar. 1856)
STS. de 1 de febrero de 1994 (Ar. 1240)
STS. de 21 de enero de 1994 (Ar. 81)
STS. de 9 de diciembre de 1993 (Ar. 9270)
STS. de 27 de octubre de 1993 (Ar. 7879)
STS. de 18 de octubre de 1993 (Ar. 7783)
STS. de 22 de septiembre de 1993 (Ar. 6855)
STS. de 1 de julio de 1993 (Ar. 5606)
STS. de 18 de junio de 1993 (Ar. 5197)
STS. de 5 de junio de 1993 (Ar. 4823)
STS. de 11 de mayo de 1993 (Ar. 4070)
STS. de 30 de abril de 1993 (Ar. 3318)
STS. de 8 de marzo de 1993 (Ar. 2373)
STS. de 16 de febrero de 1993 (Ar. 1145)
STS. de 9 de febrero de 1993 (Ar. 1007)
STS. de 8 de febrero de 1993 (Ar. 890)
STS. de 11 de diciembre de 1992 (Ar. 10166)
STS. de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10083)
STS. de 21 de noviembre de 1992 (Ar. 9624)
STS. de 3 de noviembre de 1992 (Ar. 8876)
STS. de 2 de noviembre de 1992 (Ar. 8872)
STS. de 30 de octubre de 1992 (Ar. 8561)
STS. de 9 de octubre de 1992 (Ar. 8221)
STS. de 18 de septiembre de 1992 (Ar. 7181)
STS. de 1 de julio de 1992 (Ar. 5867)
STS. de 13 de mayo de 1992 (Ar. 4016)
STS. de 30 de abril de 1992 (Ar. 3348)
STS. de 12 de marzo de 1992 (Ar. 1978)
STS. de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1738)
STS. de 26 de febrero de 1992 (Ar. 1345)
STS. de 8 de febrero de 1992 (Ar. 1105)
STS. de 25 de noviembre de 1991 (Ar. 8543)
STS. de 10 de septiembre de 1991 (Ar. 6123)
STS. de 28 de junio de 1991 (Ar. 5038)
STS. de 11 de junio de 1991 (Ar. 4591)
STS. de 28 de mayo de 1991 (Ar. 3884)
STS. de 12 de marzo de 1991 (Ar. 2124)
STS. de 11 de febrero de 1991 (Ar. 1002)
STS. de 30 de enero de 1991 (Ar. 464)
STS. de 28 de enero de 1991 (Ar. 403)
STS. de 17 de diciembre de 1990 (Ar. 9537)
STS. de 17 de diciembre de 1990 (Ar. 9530)
STS. de 10 de noviembre de 1990 (Ar. 8872)
STS. de 22 de junio de 1990 (Ar. 6541)
STS. de 26 de junio de 1990 (Ar. 5680)
STS. de 29 de mayo de 1990 (Ar. 4583)
STS. de 25 de abril de 1990 (Ar. 3310)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 3159)
STS. de 9 de febrero de 1990 (Ar. 1363)
STS. de 29 de enero de 1990 (Ar. 527)
STS. de 27 de enero de 1990 (Ar. 517)
STS. de 25 de enero de 1990 (Ar. 502)
STS. de 24 de enero de 1990 (Ar. 484)
STS. de 21 de diciembre de 1989 (Ar. 9745)
STS. de 14 de noviembre de 1989 (Ar. 8637)
STS. de 14 de noviembre de 1989 (Ar. 8626)
STS. de 2 de noviembre de 1989 (Ar. 8532)
STS. de 13 de octubre de 1989 (Ar. 8455)
STS. de 22 de junio de 1989 (Ar. 5200)
STS. de 14 de junio de 1989 (Ar. 5112)

STS. de 1 de junio de 1989 (Ar. 5010)
STS. de 26 de abril de 1989 (Ar. 3543)
STS. de 3 de mayo de 1988 (Ar. 3454)

ABUSOS DESHONESTOS

STS. de 17 de marzo de 1997 (Ar. 2330)
STS. de 24 de marzo de 1997 (Ar. 1950)
STS. de 9 de octubre de 1995 (Ar. 7548)
STS. de 5 de mayo de 1995 (Ar. 3618)
STS. de 19 de enero de 1995 (Ar. 13)
STS. de 27 de diciembre de 1994 (Ar. 10576)
STS. de 31 de mayo de 1994 (Ar. 4072)
STS. de 5 de febrero de 1994 (Ar. 696)
STS. de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 9432)
STS. de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 8584)
STS. de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7528)
STS. de 11 de octubre de 1993 (Ar. 7370)
STS. de 15 de septiembre de 1993 (Ar. 6727)
STS. de 16 de julio de 1993 (Ar. 6370)
STS. de 16 de julio de 1993 (Ar. 6144)
STS. de 5 de julio de 1993 (Ar. 5927)
STS. de 10 de julio de 1993 (Ar. 5907)
STS. de 15 de junio de 1993 (Ar. 5110)
STS. de 26 de mayo de 1993 (Ar. 4321)
STS. de 24 de mayo de 1993 (Ar. 4306)
STS. de 27 de abril de 1993 (Ar. 3285)
STS. de 2 de abril de 1993 (Ar. 3262)
STS. de 23 de abril de 1993 (Ar. 3205)
STS. de 23 de abril de 1993 (Ar. 3203)
STS. de 7 de abril de 1993 (Ar. 3054)
STS. de 30 de marzo de 1993 (Ar. 2938)
STS. de 20 de febrero de 1993 (Ar. 1380)
STS. de 15 de febrero de 1993 (Ar. 1109)
STS. de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10083)
STS. de 18 de noviembre de 1992 (Ar. 9601)
STS. de 24 de noviembre de 1992 (Ar. 9508)
STS. de 6 de noviembre de 1992 (Ar. 9127)
STS. de 6 de noviembre de 1992 (Ar. 9008)
STS. de 5 de noviembre de 1992 (Ar. 8894)

STS. de 28 de octubre de 1992 (Ar. 8545)
STS. de 9 de octubre de 1992 (Ar. 7957)
STS. de 23 de septiembre de 1992 (Ar. 7252)
STS. de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 7194)
STS. de 18 de septiembre de 1992 (Ar. 7181)
STS. de 16 de septiembre de 1992 (Ar. 7163)
STS. de 10 de julio de 1992 (Ar. 6669)
STS. de 7 de julio de 1992 (Ar. 6357)
STS. de 9 de mayo de 1992 (Ar. 6259)
STS. de 6 de julio de 1992 (Ar. 6135)
STS. de 26 de junio de 1992 (Ar. 5887)
STS. de 19 de junio de 1992 (Ar. 5453)
STS. de 8 de junio de 1992 (Ar. 5299)
STS. de 9 de junio de 1992 (Ar. 4887)
STS. de 5 de junio de 1992 (Ar. 4857)
STS. de 26 de mayo de 1992 (Ar. 4492)
STS. de 25 de mayo de 1992 (Ar. 4329)
STS. de 21 de mayo de 1992 (Ar. 4252)
STS. de 5 de mayo de 1992 (Ar. 4198)
STS. de 19 de mayo de 1992 (Ar. 4182)
STS. de 28 de abril de 1992 (Ar. 3203)
STS. de 22 de abril de 1992 (Ar. 3183)
STS. de 21 de abril de 1992 (Ar. 3176)
STS. de 13 de abril de 1992 (Ar. 2966)
STS. de 10 de abril de 1992 (Ar. 2951)
STS. de 6 de abril de 1992 (Ar. 2858)
STS. de 6 de abril de 1992 (Ar. 2857)
STS. de 4 de abril de 1992 (Ar. 2760)
STS. de 17 de febrero de 1992 (Ar. 1190)
STS. de 11 de febrero de 1992 (Ar. 1114)
STS. de 10 de febrero de 1992 (Ar. 1082)
STS. de 22 de enero de 1992 (Ar. 290)
STS. de 23 de diciembre de 1991 (Ar. 9721)
STS. de 12 de diciembre de 1991 (Ar. 9300)
STS. de 12 de noviembre de 1991 (Ar. 8052)
STS. de 6 de noviembre de 1991 (Ar. 7966)
STS. de 6 de noviembre de 1991 (Ar. 7957)
STS. de 5 de noviembre de 1991 (Ar. 7923)
STS. de 14 de octubre de 1991 (Ar. 7104)
STS. de 28 de septiembre de 1991 (Ar. 6642)
STS. de 14 de septiembre de 1991 (Ar. 6194)

- STS. de 12 de septiembre de 1991 (Ar. 6155)
STS. de 12 de septiembre de 1991 (Ar. 6151)
STS. de 12 de julio de 1991 (Ar. 5886)
STS. de 4 de julio de 1991 (Ar. 5526)
STS. de 21 de junio de 1991 (Ar. 5030)
STS. de 27 de junio de 1991 (Ar. 4831)
STS. de 21 de junio de 1991 (Ar. 4772)
STS. de 20 de junio de 1991 (Ar. 4766)
STS. de 19 de junio de 1991 (Ar. 4757)
STS. de 14 de junio de 1991 (Ar. 4719)
STS. de 27 de mayo de 1991 (Ar. 3874)
STS. de 20 de mayo de 1991 (Ar. 3720)
STS. de 16 de abril de 1991 (Ar. 2794)
STS. de 13 de abril de 1991 (Ar. 2709)
STS. de 23 de marzo de 1991 (Ar. 2363)
STS. de 22 de marzo de 1991 (Ar. 2350)
STS. de 11 de marzo de 1991 (Ar. 1961)
STS. de 25 de febrero de 1991 (Ar. 1423)
STS. de 23 de febrero de 1991 (Ar. 1404)
STS. de 15 de febrero de 1991 (Ar. 1069)
STS. de 14 de febrero de 1991 (Ar. 1057)
STS. de 28 de enero de 1991 (Ar. 412)
STS. de 16 de enero de 1991 (Ar. 118)
STS. de 16 de enero de 1991 (Ar. 117)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 10484)
STS. de 27 de diciembre de 1990 (Ar. 10096)
STS. de 26 de diciembre de 1990 (Ar. 10081)
STS. de 17 de diciembre de 1990 (Ar. 9527)
STS. de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 9487)
STS. de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 9003)
STS. de 12 de noviembre de 1990 (Ar. 8885)
STS. de 8 de noviembre de 1990 (Ar. 8789)
STS. de 2 de noviembre de 1990 (Ar. 8503)
STS. de 25 de octubre de 1990 (Ar. 8238)
STS. de 5 de octubre de 1990 (Ar. 7674)
STS. de 4 de octubre de 1990 (Ar. 7668)
STS. de 1 de octubre de 1990 (Ar. 7616)
STS. de 11 de septiembre de 1990 (Ar. 7317)
STS. de 28 de septiembre de 1990 (Ar. 7267)
STS. de 18 de junio de 1990 (Ar. 6530)
STS. de 12 de julio de 1990 (Ar. 6367)
STS. de 12 de julio de 1990 (Ar. 6304)
STS. de 12 de julio de 1990 (Ar. 6303)
STS. de 15 de junio de 1990 (Ar. 6188)
STS. de 15 de junio de 1990 (Ar. 5310)
STS. de 12 de junio de 1990 (Ar. 5271)
STS. de 11 de junio de 1990 (Ar. 5258)
STS. de 1 de junio de 1990 (Ar. 4960)
STS. de 31 de mayo de 1990 (Ar. 4600)
STS. de 7 de mayo de 1990 (Ar. 3859)
STS. de 28 de abril de 1990 (Ar. 3374)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 3159)
STS. de 28 de marzo de 1990 (Ar. 2642)
STS. de 28 de marzo de 1990 (Ar. 2636)
STS. de 13 de marzo de 1990 (Ar. 2467)
STS. de 9 de febrero de 1990 (Ar. 1360)
STS. de 8 de febrero de 1990 (Ar. 1299)
STS. de 24 de enero de 1990 (Ar. 484)
STS. de 16 de enero de 1990 (Ar. 420)
STS. de 2 de enero de 1990 (Ar. 255)
STS. de 12 de diciembre de 1989 (Ar. 9674)
STS. de 3 de noviembre de 1989 (Ar. 9654)
STS. de 14 de diciembre de 1989 (Ar. 9586)
STS. de 7 de diciembre de 1989 (Ar. 9511)
STS. de 8 de noviembre de 1989 (Ar. 8586)
STS. de 6 de noviembre de 1989 (Ar. 8566)
STS. de 23 de septiembre de 1989 (Ar. 8437)
STS. de 18 de mayo de 1989 (Ar. 8409)
STS. de 13 de mayo de 1989 (Ar. 8406)
STS. de 30 de octubre de 1989 (Ar. 7781)
STS. de 18 de octubre de 1989 (Ar. 7709)
STS. de 3 de octubre de 1989 (Ar. 7545)
STS. de 21 de septiembre de 1989 (Ar. 6765)
STS. de 18 de septiembre de 1989 (Ar. 6667)
STS. de 12 de septiembre de 1989 (Ar. 6635)
STS. de 24 de julio de 1989 (Ar. 6280)
STS. de 17 de julio de 1989 (Ar. 6256)
STS. de 7 de julio de 1989 (Ar. 6127)
STS. de 7 de junio de 1989 (Ar. 5663)
STS. de 19 de junio de 1989 (Ar. 5164)
STS. de 5 de junio de 1989 (Ar. 5028)
STS. de 2 de junio de 1989 (Ar. 5016)
STS. de 5 de mayo de 1989 (Ar. 4949)
STS. de 11 de mayo de 1989 (Ar. 4164)
STS. de 28 de abril de 1989 (Ar. 3557)

STS. de 14 de abril de 1989 (Ar. 3206)
STS. de 10 de abril de 1989 (Ar. 3085)
STS. de 17 de marzo de 1989 (Ar. 2681)
STS. de 17 de marzo de 1989 (Ar. 2676)
STS. de 10 de marzo de 1989 (Ar. 2580)
STS. de 2 de marzo de 1989 (Ar. 2344)
STS. de 26 de enero de 1989 (Ar. 89)
STS. de 19 de diciembre de 1988 (Ar. 9531)
STS. de 15 de diciembre de 1988 (Ar. 9516)
STS. de 18 de noviembre de 1988 (Ar. 9182)
STS. de 2 de noviembre de 1988 (Ar. 8815)
STS. de 5 de octubre de 1988 (Ar. 7673)
STS. de 13 de julio de 1988 (Ar. 6574)
STS. de 27 de junio de 1988 (Ar. 5369)
STS. de 23 de junio de 1988 (Ar. 5310)
STS. de 21 de junio de 1988 (Ar. 5143)
STS. de 15 de junio de 1988 (Ar. 5022)
STS. de 27 de mayo de 1988 (Ar. 3850)
STS. de 10 de mayo de 1988 (Ar. 3530)
STS. de 9 de mayo de 1988 (Ar. 3511)
STS. de 22 de abril de 1988 (Ar. 2846)
STS. de 29 de febrero de 1988 (Ar. 1366)
STS. de 12 de febrero de 1988 (Ar. 1013)
STS. de 2 de febrero de 1988 (Ar. 834)
STS. de 29 de enero de 1988 (Ar. 524)

AGRESIÓN SEXUAL

STS. de 19 de noviembre de 1998 (Ar. 8777)
STS. de 19 de octubre de 1998 (Ar. 8295)
STS. de 6 de octubre de 1998 (Ar. 8045)
STS. de 18 de septiembre de 1998 (Ar. 7494)
STS. de 3 de octubre de 1998 (Ar. 7106)
STS. de 20 de julio de 1998 (Ar. 7007)
STS. de 6 de julio de 1998 (Ar. 5990)
STS. de 2 de julio de 1998 (Ar. 5826)
STS. de 13 de julio de 1998 (Ar. 5823)
STS. de 16 de mayo de 1998 (Ar. 4878)
STS. de 13 de abril de 1998 (Ar. 4018)
STS. de 23 de marzo de 1998 (Ar. 3761)
STS. de 4 de marzo de 1998 (Ar. 2538)
STS. de 21 de febrero de 1998 (Ar. 1479)
STS. de 9 de febrero de 1998 (Ar. 652)
STS. de 14 de enero de 1998 (Ar. 10)

STS. de 18 de noviembre de 1997 (Ar. 7988)
STS. de 7 de noviembre de 1997 (Ar. 7846)
STS. de 10 de octubre de 1997 (Ar. 7224)
STS. de 17 de octubre de 1997 (Ar. 7019)
STS. de 13 de junio de 1997 (Ar. 4899)
STS. de 13 de junio de 1997 (Ar. 4893)
STS. de 7 de junio de 1997 (Ar. 4869)
STS. de 30 de abril de 1997 (Ar. 4537)
STS. de 20 de mayo de 1997 (Ar. 4262)
STS. de 29 de abril de 1997 (Ar. 3608)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3532)
STS. de 19 de abril de 1997 (Ar. 3529)
STS. de 18 de abril de 1997 (Ar. 3000)
STS. de 11 de abril de 1997 (Ar. 2778)
STS. de 17 de marzo de 1997 (Ar. 2330)
STS. de 8 de marzo de 1997 (Ar. 2217)
STS. de 3 de marzo de 1997 (Ar. 1820)
STS. de 27 de enero de 1997 (Ar. 1273)
STS. de 14 de febrero de 1997 (Ar. 836)
STS. de 28 de enero de 1997 (Ar. 507)
STS. de 21 de enero de 1997 (Ar. 461)
STS. de 22 de enero de 1997 (Ar. 340)
STS. de 27 de enero de 1997 (Ar. 318)
STS. de 20 de enero de 1997 (Ar. 189)
STS. de 16 de enero de 1997 (Ar. 184)
STS. de 23 de enero de 1997 (Ar. 50)
STS. de 30 de noviembre de 1996 (Ar. 9773)
STS. de 5 de diciembre de 1996 (Ar. 8777)
STS. de 22 de mayo de 1996 (Ar. 4000)
STS. de 6 de mayo de 1996 (Ar. 3801)
STS. de 9 de abril de 1996 (Ar. 2856)
STS. de 27 de febrero de 1996 (Ar. 1774)
STS. de 5 de febrero de 1996 (Ar. 1046)
STS. de 9 de febrero de 1996 (Ar. 833)
STS. de 7 de febrero de 1996 (Ar. 805)
STS. de 22 de enero de 1996 (Ar. 273)
STS. de 30 de enero de 1996 (Ar. 58)
STS. de 15 de diciembre de 1995 (Ar. 9631)
STS. de 29 de diciembre de 1995 (Ar. 9558)
STS. de 22 de diciembre de 1995 (Ar. 9443)
STS. de 14 de diciembre de 1995 (Ar. 8963)
STS. de 22 de noviembre de 1995 (Ar. 8204)
STS. de 11 de octubre de 1995 (Ar. 7852)
STS. de 9 de octubre de 1995 (Ar. 7548)
STS. de 11 de octubre de 1995 (Ar. 7223)

STS. de 21 de septiembre de 1995 (Ar. 6639)
STS. de 12 de junio de 1995 (Ar. 4565)
STS. de 11 de mayo de 1995 (Ar. 3625)
STS. de 21 de abril de 1995 (Ar. 3533)
STS. de 7 de abril de 1995 (Ar. 2835)
STS. de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1876)
STS. de 10 de marzo de 1995 (Ar. 1827)
STS. de 15 de febrero de 1995 (Ar. 863)
STS. de 9 de febrero de 1995 (Ar. 809)
STS. de 6 de febrero de 1995 (Ar. 708)
STS. de 19 de enero de 1995 (Ar. 13)
STS. de 14 de diciembre de 1994 (Ar. 9753)
STS. de 15 de noviembre de 1994 (Ar. 9018)
STS. de 10 de noviembre de 1994 (Ar. 8898)
STS. de 8 de noviembre de 1994 (Ar. 8795)
STS. de 25 de octubre de 1994 (Ar. 8353)
STS. de 5 de julio de 1994 (Ar. 6248)
STS. de 4 de julio de 1994 (Ar. 5564)
STS. de 15 de junio de 1994 (Ar. 4961)
STS. de 5 de abril de 1994 (Ar. 2878)
STS. de 28 de marzo de 1994 (Ar. 2610)
STS. de 23 de marzo de 1994 (Ar. 2573)
STS. de 12 de marzo de 1994 (Ar. 2140)
STS. de 12 de marzo de 1994 (Ar. 2138)
STS. de 14 de febrero de 1994 (Ar. 727)
STS. de 25 de enero de 1994 (Ar. 276)
STS. de 25 de enero de 1994 (Ar. 108)
STS. de 26 de noviembre de 1993 (Ar. 8830)
STS. de 3 de noviembre de 1993 (Ar. 8394)
STS. de 8 de octubre de 1993 (Ar. 7680)
STS. de 14 de octubre de 1993 (Ar. 7385)
STS. de 13 de julio de 1993 (Ar. 5922)
STS. de 18 de junio de 1993 (Ar. 5197)
STS. de 29 de mayo de 1993 (Ar. 4285)
STS. de 17 de mayo de 1993 (Ar. 4154)
STS. de 23 de abril de 1993 (Ar. 3205)
STS. de 27 de marzo de 1993 (Ar. 2589)
STS. de 26 de febrero de 1993 (Ar. 1514)
STS. de 31 de octubre de 1992 (Ar. 8627)
STS. de 19 de octubre de 1992 (Ar. 8344)
STS. de 16 de octubre de 1992 (Ar. 8331)
STS. de 23 de septiembre de 1992 (Ar. 7252)
STS. de 15 de septiembre de 1992 (Ar. 7152)
STS. de 23 de julio de 1992 (Ar. 6703)

STS. de 22 de junio de 1992 (Ar. 5823)
STS. de 30 de junio de 1992 (Ar. 5695)
STS. de 2 de junio de 1992 (Ar. 5428)
STS. de 13 de junio de 1992 (Ar. 5216)
STS. de 13 de mayo de 1992 (Ar. 4016)
STS. de 12 de marzo de 1992 (Ar. 1978)
STS. de 26 de noviembre de 1991 (Ar. 8562)
STS. de 13 de noviembre de 1991 (Ar. 8126)
STS. de 28 de junio de 1991. (Ar. 5038)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 10484)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 3159)
STS. de 24 de enero de 1990 (Ar. 484)
STS. de 14 de noviembre de 1989 (Ar. 8626)

ABUSO SEXUAL

STS. de 9 de diciembre de 1998 (Ar. 8503)
STS. de 24 de junio de 1998 (Ar. 5696)
STS. de 14 de mayo de 1998 (Ar. 5562)
STS. de 1 de junio de 1998 (Ar. 5141)
STS. de 7 de mayo de 1998 (Ar. 4869)
STS. de 22 de abril de 1998 (Ar. 4710)
STS. de 25 de mayo de 1998 (Ar. 4438)
STS. de 20 de marzo de 1998 (Ar. 4362)
STS. de 13 de abril de 1998 (Ar. 3768)
STS. de 3 de abril de 1998 (Ar. 2604)
STS. de 20 de marzo de 1998 (Ar. 2432)
STS. de 4 de marzo de 1998 (Ar. 1765)
STS. de 16 de febrero de 1998 (Ar. 1740)
STS. de 9 de febrero de 1998 (Ar. 652)
STS. de 12 de febrero de 1998 (Ar. 432)
STS. de 12 de enero de 199 (Ar. 45)
STS. de 8 de julio de 1997 (Ar. 5487)
STS. de 9 de junio de 1997 (Ar. 4660)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3532)
STS. de 24 de abril de 1997 (Ar. 3531)
ATS. de 30 de abril de 1997 (Ar. 3302)
STS. de 26 de marzo de 1997 (Ar. 2514)
STS. de 24 de marzo de 1997 (Ar. 1950)
STS. de 4 de febrero de 1997 (Ar. 693)
STS. de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9821)
STS. de 16 de septiembre de 1996 (Ar. 6843)
STS. de 19 de enero de 1995 (Ar. 13)

DELITOS RELATIVOS A LA
PROSTITUCIÓN Y A LA CORRUPCIÓN
DE MENORES

STS. de 7 de mayo de 1998 (Ar. 4869)
STS. de 16 de febrero de 1998 (Ar. 1051)
STS. de 21 de julio de 1997 (Ar. 5782)
STS. de 27 de mayo de 1997 (Ar. 4440)
STS. de 19 de mayo de 1997 (Ar. 4025)
STS. de 16 de abril de 1997 (Ar. 2934)
STS. de 3 de abril de 1997 (Ar. 2923)
STS. de 11 de abril de 1997 (Ar. 2778)
STS. de 10 de abril de 1997. (Ar. 2770)
STS. de 26 de marzo de 1997 (Ar. 2514)
STS. de 26 de marzo de 1997 (Ar. 2513)
STS. de 21 de marzo de 1997 (Ar. 1960)
STS. de 15 de marzo de 1997 (Ar. 1729)
STS. de 23 de marzo de 1997 (Ar. 1696)
STS. de 27 de febrero de 1997 (Ar. 1459)
STS. de 22 de enero de 1997 (Ar. 824)
STS. de 28 de enero de 1997 (Ar. 323)
STS. de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9821)
STS. de 19 de diciembre de 1996 (Ar. 9008)
STS. de 28 de octubre de 1996 (Ar. 7759)
STS. de 18 de septiembre de 1996 (Ar. 6844)
STS. de 16 de septiembre de 1996 (Ar. 6843)
STS. de 27 de febrero de 1996 (Ar. 1774)
STS. de 14 de diciembre de 1995 (Ar. 8963)
STS. de 9 de octubre de 1995 (Ar. 7548)
STS. de 11 de octubre de 1995 (Ar. 7223)
STS. de 12 de junio de 1995 (Ar. 4565)
STS. de 22 de marzo de 1995 (Ar. 4562)
STS. de 21 de abril de 1995 (Ar. 3533)
STS. de 20 de abril de 1995 (Ar. 2870)
STS. de 27 de febrero de 1995 (Ar. 1422)
STS. de 8 de febrero de 1995 (Ar. 712)
STS. de 10 de noviembre de 1994 (Ar. 8898)
STS. de 4 de noviembre de 1994 (Ar. 8399)
STS. de 24 de octubre de 1994 (Ar. 8165)
STS. de 19 de julio de 1994 (Ar. 6651)
STS. de 12 de mayo de 1994 (Ar. 4046)
STS. de 17 de marzo de 1994 (Ar. 2331)
STS. de 31 de enero de 1994 (Ar. 294)

STS. de 14 de octubre de 1993 (Ar. 7385)
STS. de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 7019)
STS. de 22 de septiembre de 1993 (Ar. 6855)
STS. de 21 de junio de 1993 (Ar. 5277)
STS. de 21 de junio de 1992 (Ar. 5170)
STS. de 15 de junio de 1993 (Ar. 5110)
STS. de 7 de abril de 1993 (Ar. 3054)
STS. de 1 de marzo de 1993 (Ar. 1879)
STS. de 10 de julio de 1992 (Ar. 6669)
STS. de 21 de mayo de 1992 (Ar. 4252)
STS. de 23 de octubre de 1991 (Ar. 9723)
STS. de 29 de mayo de 1991 (Ar. 3886)
STS. de 11 de junio de 1990 (Ar. 5258)
STS. de 18 de mayo de 1989 (Ar. 8409)
STS. de 10 de abril de 1989 (Ar. 3085)

EXHIBICIONISMO

STS. de 6 de octubre de 1998 (Ar. 8045)
STS. de 18 de diciembre de 1996 (Ar. 9661)
STS. de 19 de diciembre de 1996 (Ar. 9008)
STS. de 16 de octubre de 1992 (Ar. 8331)

ABORTO

STS. de 1 de abril de 1998 (Ar. 2964)
STS. de 3 de abril de 1997 (Ar. 2695)
STS. de 23 de octubre de 1996 (Ar. 9679)
STS. de 7 de febrero de 1996 (Ar. 804)
STS. de 19 de enero de 1995 (Ar. 154)
STS. de 31 de mayo de 1994 (Ar. 4408)
STS. de 22 de diciembre de 1993 (Ar. 9696)
STS. de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6819)
STS. de 20 de septiembre de 1993 (Ar. 6801)
STS. de 7 de julio de 1993 (Ar. 5891)
STS. de 7 de julio de 1993 (Ar. 5890)
STS. de 5 de julio de 1993 (Ar. 5878)
STS. de 24 de junio de 1993 (Ar. 5365)
STS. de 14 de diciembre de 1992 (Ar. 10200)

STS. de 1 de diciembre de 1992 (Ar. 9894)
STS. de 27 de junio de 1992 (Ar. 5544)
STS. de 17 de marzo de 1992 (Ar. 2358)
STS. de 5 de febrero de 1992 (Ar. 1015)
STS. de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 8592)
STS. de 25 de noviembre de 1991 (Ar. 8553)
STS. de 8 de noviembre de 1991 (Ar. 8120)
STS. de 30 de enero de 1991 (Ar. 464)
STS. de 30 de noviembre de 1990 (Ar. 9274)
STS. de 9 de octubre de 1990 (Ar. 7920)
STS. de 19 de septiembre de 1990 (Ar. 7185)
STS. de 4 de junio de 1990 (Ar. 5121)
STS. de 23 de enero de 1990 (Ar. 2952)
STS. de 10 de febrero de 1990 (Ar. 1374)
STS. de 29 de septiembre de 1989 (Ar. 8441)
STS. de 22 de mayo de 1989 (Ar. 4976)
STS. de 19 de abril de 1989 (Ar. 3419)
STS. de 17 de marzo de 1989 (Ar. 2688)
STS. de 16 de febrero de 1989 (Ar. 1581)
STS. de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9668)
STS. de 6 de junio de 1988 (Ar. 4472)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

STS. de 17 de junio de 1998 (Ar. 9208)
STS. de 3 de noviembre de 1998 (Ar. 8569)
STS. de 1 de junio de 1998 (Ar. 5139)
STS. de 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8237)
STS. de 7 de noviembre de 1997 (Ar. 7846)
STS. de 6 de junio de 1997 (Ar. 4594)
STS. de 8 de mayo de 1997 (Ar. 4039)
STS. de 19 de diciembre de 1996 (Ar. 9010)
STS. de 17 de abril de 1996 (Ar. 3707)
STS. de 12 de junio de 1995 (Ar. 4560)
STS. de 16 de mayo de 1995 (Ar. 4484)
STS. de 27 de marzo de 1995 (Ar. 2240)
STS. de 10 de febrero de 1995 (Ar. 810)
STS. de 14 de octubre de 1994 (Ar. 7914)
STS. de 6 de julio de 1994 (Ar. 5876)

STS. de 2 de junio de 1994 (Ar. 4523)
STS. de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9592)
STS. de 15 de junio de 1993 (Ar. 5109)
STS. de 1 de marzo de 1993 (Ar. 1887)
STS. de 11 de diciembre de 1992 (Ar. 10169)
STS. de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 7193)
STS. de 17 de septiembre de 1992 (Ar. 7174)
STS. de 22 de julio de 1992 (Ar. 6688)
STS. de 14 de enero de 1992 (Ar. 159)
STS. de 17 de diciembre de 1991 (Ar. 9360)
STS. de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 9118)
STS. de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8450)
STS. de 29 de octubre de 1991 (Ar. 7461)
STS. de 15 de octubre de 1991 (Ar. 7265)
STS. de 27 de septiembre de 1991 (Ar. 6630)
STS. de 23 de septiembre de 1991 (Ar. 6530)
STS. de 18 de diciembre de 1990 (Ar. 9553)
STS. de 12 de diciembre de 1990 (Ar. 9471)
STS. de 30 de octubre de 1990 (Ar. 8405)
STS. de 17 de septiembre de 1990 (Ar. 7166)
STS. de 16 de julio de 1990 (Ar. 6724)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 3163)
STS. de 24 de enero de 1990 (Ar. 487)
STS. de 7 de noviembre de 1989 (Ar. 8576)
STS. de 28 de octubre de 1989 (Ar. 8488)
STS. de 10 de junio de 1989 (Ar. 5080)
STS. de 22 de mayo de 1989 (Ar. 4239)
STS. de 30 de enero de 1989 (Ar. 616)
STS. de 28 de junio de 1988 (Ar. 5380)
STS. de 30 de mayo de 1988 (Ar. 4113)
STS. de 26 de abril de 1988 (Ar. 2880)
STS. de 5 de abril de 1988 (Ar. 2715)
STS. de 22 de marzo de 1988 (Ar. 2068)
STS. de 15 de marzo de 1988 (Ar. 2015)
STS. de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1577)

STS. de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1577)

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y
DEBERES FAMILIARES

- STS. de 28 de mayo de 1998 (Ar. 5010)
STS. de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9592)
STS. de 15 de junio de 1993 (Ar. 5109)
STS. de 1 de marzo de 1993 (Ar. 1887)
STS. de 11 de diciembre de 1992 (Ar. 10169)
STS. de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 7193)
STS. de 17 de septiembre de 1992 (Ar. 7174)
STS. de 22 de julio de 1992 (Ar. 6688)
STS. de 14 de enero de 1992 (Ar. 159)
STS. de 17 de diciembre de 1991 (Ar. 9360)
STS. de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 9118)
STS. de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8450)
STS. de 29 de octubre de 1991 (Ar. 7461)
STS. de 15 de octubre de 1991 (Ar. 7265)
STS. de 27 de septiembre de 1991 (Ar. 6630)
STS. de 23 de septiembre de 1991 (Ar. 6530)
STS. de 18 de diciembre de 1990 (Ar. 9553)
STS. de 12 de diciembre de 1990 (Ar. 9471)
STS. de 30 de octubre de 1990 (Ar. 8405)
STS. de 17 de septiembre de 1990 (Ar. 7166)
STS. de 16 de julio de 1990 (Ar. 6724)
STS. de 4 de abril de 1990 (Ar. 3163)
STS. de 24 de enero de 1990 (Ar. 487)
STS. de 7 de noviembre de 1989 (Ar. 8576)
STS. de 28 de octubre de 1989 (Ar. 8488)
STS. de 10 de junio de 1989 (Ar. 5080)
STS. de 22 de mayo de 1989 (Ar. 4239)
STS. de 30 de enero de 1989 (Ar. 616)
STS. de 28 de junio de 1988 (Ar. 5380)
STS. de 30 de mayo de 1988 (Ar. 4113)
STS. de 26 de abril de 1988 (Ar. 2880)
STS. de 5 de abril de 1988 (Ar. 2715)
STS. de 22 de marzo de 1988 (Ar. 2068)
STS. de 15 de marzo de 1988 (Ar. 2015)



JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de la Mujer