

Comentario sobre las reformas al Código penal en materia de delitos sexuales y protección a las víctimas de malos tratos¹

SÍLVIA PLANET I ROBLES

Técnica de investigación de la Escuela de Policía de Cataluña

353

1. INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación del nuevo Código penal² de 1995, e incluso antes de su aprobación, han abundado las críticas y demandas desde diferentes ámbitos sociales, políticos y jurídicos, sobre la necesidad de la reforma urgente de la protección penal de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y los malos tratos en el ámbito familiar. Los delitos sexuales y la denominada violencia doméstica son temas de suma importancia porque, además del interés y preocupación social que suscitan, generan una destacada sensibilidad y solidaridad con las víctimas que padecen este tipo de agresiones. El fundamento de la reacción social contra estas conductas se encuentra en la injusta, irracional y brutal forma en que se producen, el sufrimiento de las víctimas, el abuso de la situación de especial vulnerabilidad en que a menudo se encuentran y en la dificultad de actuar contra el agresor, que frecuentemente se aprovecha del amparo que ofrece el marco de la privacidad en que se cometen estos delitos, favoreciendo así su impunidad.

En este sentido, y a pesar de la reciente entrada en vigor del CP, durante 1999 se han producido dos modificaciones al CP de especial relevancia y que tienen por objeto la reforma, por una lado, de los delitos sexuales (Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril) y, por otro lado, principalmente, del delito de malos tratos en el ámbito familiar (Ley orgánica 14/1999, de 9 de junio).

No obstante, estas leyes además de modificar el CP también modifican la Ley

1. El presente comentario no tiene por objeto el análisis exhaustivo o con detalle de las reformas penales en materia de delitos sexuales y violencia doméstica, sino que pretende informar de forma sintética de las modificaciones introducidas mediante la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril, y la Ley orgánica 14/1999, de 9 de junio.

2. En adelante CP.

El anterior artículo 188.2 regulaba la pena de inhabilitación absoluta si el autor del tipo básico del artículo 188.1 se prevalía de su carácter público. Este tipo agravado se regula con la reforma en el artículo 188.3, el cual además de referirse a las conductas descritas en los dos apartados anteriores, introduce la agravación de la pena en su mitad superior.

Si las conductas anteriores se realizan sobre menores de edad o incapaces, ya sea para que inicien o mantengan una situación de prostitución, la pena a imponer será la superior en grado en función del apartado al que corresponda (188.4).

Mediante el artículo 188.5, se introduce un nuevo apartado de carácter concursal, en el que se establece que las penas de los apartados anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida, es decir, que de concurrir ambas figuras delictivas, se habrá de acudir al concurso real de delitos.

Finalmente, se modifica sustancialmente el artículo 189, quedando configurado de la siguiente manera:

El apartado primero establece dos supuestos en los que la pena será de uno a tres años de prisión.

a) En primer lugar, cuando se utilice 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) En segundo lugar, al que *«producere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitar 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 fuere desconocido.*

En el primer supuesto, se introducen dos nuevas conductas típicas (elaborar y financiar), mientras que el segundo es totalmente de nuevo cuño y establece un listado de conductas típicas vinculadas al proceso de producción y difusión de material pornográfico, independientemente del origen o procedencia de éste. La diferencia fundamental entre uno y otro estriba en que en el primer apartado el material pornográfico está en fase de producción, realización, etc., mientras que en el segundo, el material ya está elaborado. Se introduce al final del artículo 189.1 un párrafo que regula un tipo penal privilegiado: el delito de posesión de material pornográfico para la realización de cualquiera de las conductas señaladas anteriormente.³¹

El artículo 189.2 crea un tipo penal cualificado consistente en la imposición de la pena superior en grado, cuando el culpable pertenezca a una organización o

31. La posesión de material pornográfico para el autoconsumo es impune, aún considerando que podría favorecer la producción de éste. En ocasiones, también resulta de notoria dificultad determinar la edad de la persona que aparece en el material pornográfico o si para su elaboración han sido utilizados menores de edad o incapaces, o bien si se trata de manipulaciones mediante técnicas o sistemas informáticos que dan una apariencia tan real a las imágenes que resulta imposible no caer en el error o convicción de que se trata de un menor.

Sin embargo, cabe destacar que en materia de protección de menores, la redacción del CP de 1995 supuso, por un lado, la desaparición del delito de corrupción de menores⁷ y, por otro lado, mantuvo las lagunas existentes en cuanto a la comercialización de material pornográfico infantil y la atipicidad de determinadas conductas sexuales. La reciente LO 11/1999, de 30 de abril, viene a colmar algunas de estas lagunas introduciendo la tipificación (art. 181.2 y 180.3 y 4) de las conductas sexuales ejercidas sobre menores de trece años y ampliando las conductas punibles en cuanto a la comercialización de material pornográfico infantil, que abarca, además de la elaboración de este material, al que produzca, venda, distribuya, exhiba o facilite la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en que se hayan utilizado menores de edad o incapaces, así como la posesión de dicho material con esta finalidad.

2.3 Contenido de la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril⁸

La LO 11/1999, en su artículo primero, modifica el enunciado del epígrafe del título VIII del libro II del CP de 1995, relativo a los «delitos contra la libertad sexual»,

aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados una proposición no de Ley, que fue complementada por otra de 6 de mayo de 1997, ambas por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, instando al Gobierno a presentar un Proyecto de ley orgánica en el que se revisen los tipos penales contra la libertad sexual y en el que, concretamente, se reformen los tipos delictivos de abuso sexual y se tipifiquen penalmente las conductas relacionadas con el favorecimiento del tráfico del material pornográfico infantil. En segundo lugar, la recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 28 de noviembre de 1996 con las mismas orientaciones y destacando la necesidad de reforzar las cuotas de protección de los menores de edad de los abusos y explotación sexual. Finalmente, en tercer lugar, en fecha 29 de noviembre de 1996, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Acción Común por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinados a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, entre otros considerandos, por el interés común en reforzar la cooperación dentro de los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior, para la mejora de la comprensión recíproca de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y para reducir los obstáculos a una mayor cooperación entre éstos. En este sentido también cabe destacar la Acción Común de fecha 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, que tiene como objetivo el establecimiento de normas comunes para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, con el fin de facilitar la lucha contra determinadas formas de inmigración ilegal y mejorar la cooperación judicial en materia penal, y la Recomendación 1371 (1998), de 23 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre abuso y abandono de los niños.

7. La STS de 23 de abril de 1999 sostiene que la regulación de 1995, a pesar de «no contener un tipo específico bajo el epígrafe «corrupción de menores», debido posiblemente a las connotaciones moralizantes del término corrupción y su dificultosa adecuación al principio de taxatividad, no significa que las conductas anteriormente subsumidas en dicho tipo penal hayan sido despenalizadas, sino que a través del CP de 1995 se sancionarán las conductas que involucren sexualmente a los menores subsumiendo cada acción individualizada en los tipos delictivos de agresión sexual, abusos, etc., que, en determinados casos, como aprecia la Sentencia de instancia en el actual, resultan más severamente sancionadas que en la legislación anterior, apreciación no cuestionada por ninguna de las partes en este recurso de casación». En esta sentencia, se considera más favorable al reo el anterior CP, mientras que en la SAP de Sevilla de fecha 30 de enero de 1998, se consideró más favorable el CP de 1995, ambas en relación al artículo 452 bis, b) del CP derogado.

8. Para la consulta de un estudio detallado y riguroso sobre el significado y alcance de la reforma, vid: BEGUÉ LEZAÚN, J.J. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999. Vid. también: POLAINO-ORTS. «Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67. Ed. Edersa, Madrid, 1999. Este artículo fue publicado inmediatamente después de la reforma y analiza de forma sintética y con suma claridad las novedades más relevantes de la ley.

añadiendo a éste «y la indemnidad sexuales».⁹ Esta primera modificación afecta al bien jurídico protegido en los delitos regulados en el título VIII; así, mientras el fundamento de la protección de la libertad sexual tiene su origen en el artículo 17 de la CE «todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad», con la reforma, se amplía el bien jurídico al concepto de indemnidad sexual, debiendo entender como tal la protección de los valores y derechos reconocidos en el artículo 10.1 CE, es decir, «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad».

El artículo segundo de la LO 11/1999 modifica los capítulos I a V del título VIII del libro II del CP y en él se contienen los cambios más sustanciales en materia de protección penal a las víctimas de delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. En líneas generales, se regulan nuevos tipos delictivos, se produce una mejora técnica en la definición de determinados tipos que ya se encontraban en el Código de 1995, se introducen algunos conceptos jurídicos indeterminados con los problemas que ello comporta y en algunos casos la técnica legislativa utilizada en cuanto a la remisión a otros tipos da lugar a la necesidad de interpretar el alcance y significado de determinadas circunstancias agravantes. Analizaremos a continuación las novedades más relevantes según el tipo penal y la estructura de la norma.

2.3.1 Las agresiones sexuales

El artículo 178 contempla el tipo básico del delito de agresión sexual, prácticamente con la misma redacción que el CP de 1995. El artículo 179 prevé el delito de violación, 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.¹⁰ Este precepto reintroduce el término *violación* para los supuestos más graves y modifica la fórmula que establece en qué casos cabe apreciar el tipo agravado de agresión sexual. La mejora técnica en la redacción del acceso carnal por las tres vías y la introducción de objetos por vía vaginal o anal permite concluir con la polémica doctrinal suscitada entorno a si el bien jurídico «libertad sexual» de una persona se podía lesionar a consecuencia de la introducción de objetos en la boca. No obstante lo anterior, lamentablemente no se añade junto a la «introducción de obje-

9. La protección de la libertad sexual como único bien jurídico protegido en los delitos sexuales se cuestionó por un importante sector doctrinal, incluso desde la reforma de 1989, por considerar que aquella nueva rúbrica del título IX del Código no subsumía todos los delitos que comprendía, porque, y así lo han recogido entre otras la STS de 7 de diciembre de 1989 y la STS de 8 de febrero de 1995, «la libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negarse el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual (...)». Precisamente la referencia a la intangibilidad e indemnidad sexual en estos tipos penales es la que ahora viene a protegerse mediante la expresión positiva de este concepto.

10. Esta fórmula sustituye a la anterior regulación de las modalidades de conducta típica consistentes en «acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal» y se adopta también con relación al abuso sexual con acceso carnal o introducción de objetos del art. 182 y al abuso sexual fraudulento del art. 183.

tos», ninguna referencia a los «órganos, miembros o partes del cuerpo», de modo que, la introducción de los *dedos*¹¹ continuará con el mismo tratamiento jurídico-penal que la jurisprudencia le ha dispensado hasta el momento y no se tendrá en cuenta a efectos de apreciación de los tipos agravados.

Las modalidades típicas que pueden agravar la pena del tipo de agresión sexual y del tipo de violación, han sido modificadas básicamente en tres extremos.

En primer lugar, la circunstancia agravante del artículo 180.1.2 —que consistía en cometer los hechos por tres o más personas actuando en grupo—, con la nueva regulación, será suficiente la actuación conjunta de *dos o más personas*, es decir, que cuando intervengan dos personas en la ejecución de los hechos ya podrá apreciarse este tipo agravado.

En segundo lugar, a la circunstancia del artículo 180.1.3 —relativa a la especial vulnerabilidad, por razón de la edad, enfermedad o situación—, se añade que *en todo caso*, se aplicará esta agravante, cuando la víctima sea *menor de trece años*, dejando claro el legislador a partir de qué edad se entiende que el menor carece de libertad sexual y, por ello, debe protegerse su derecho a la indemnidad sexual y a la libre formación de su personalidad.

Finalmente, el artículo 180.1.4 —que recoge el prevalimiento de relación de parentesco— introduce como agravante que el responsable para la ejecución del delito se haya prevalido de una *relación de superioridad*.¹²

2.3.2 Los abusos sexuales

Con carácter general, los delitos de abusos sexuales han visto incrementada la conminación penal prevista para estos tipos en el CP de 1995. Así, por ejemplo, en el tipo básico de abusos sexuales del artículo 181, la pena prevista hasta la nueva regulación era de multa de doce a veinticuatro meses o prisión¹³ de seis meses a dos años. La reforma de la Ley orgánica 11/1999 aumenta el mínimo de la pena de multa, de dieciocho a veinticuatro meses o prisión de uno a tres años. El tipo de abuso sexual fraudulento del artículo 183 introduce la pena privativa de libertad de uno a dos años y, alternativamente, aumenta la pena de multa de doce a veinticuatro meses. El mismo tipo penal con acceso carnal incrementa la pena de prisión de seis meses a tres años, a la pena de prisión de dos a seis años.

11. Sobre la consideración de que los dedos no son objetos a efectos de apreciar el tipo agravado de agresión o abuso sexual, ver respectivamente la STS de 14 de febrero de 1994 y la de 23 de marzo de 1999.

12. La previsión de los dos tipos de prevalimiento podría considerarse reiterativa e innecesaria teniendo en cuenta su previsión como circunstancia agravante genérica en el artículo 22.2, en el caso del prevalimiento de superioridad, y como circunstancia mixta de parentesco en el artículo 23, que además tiene en cuenta al «cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad».

13. Sólo se podía castigar con pena privativa de libertad en el caso de los abusos sexuales cometidos sobre menores de doce años o sobre personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental. En cambio, con la reforma, la conminación penal se redacta en el tipo básico, lo que permitirá castigar con pena privativa de libertad en todos los supuestos atendiendo a la gravedad de los hechos y circunstancias concretas de cada caso.

La nueva redacción de los delitos de abusos sexuales va a suponer la posibilidad de castigar aquellas conductas que, por la deficiente regulación anterior, eran sancionadas con penas ridículas, se producían incongruencias en cuanto a su interpretación, o bien ésta resultaba demasiado forzada.¹⁴

El artículo 181.2 también ha sido modificado con relación a la minoría de edad a partir de la que se considera, en todo caso, como abusos sexuales *no consentidos*, los que se ejecuten sobre *menores de trece años*.¹⁵ Se trata de una presunción *iuris et de iuri* que considera que el menor no puede prestar su consentimiento porque no tiene capacidad para ello y que, en cualquier caso, desde una perspectiva jurídico-penal se considera no válido.

El artículo 181.3 hace referencia a la obtención del *consentimiento* mediante el prevalimiento de una *situación de superioridad*¹⁶ manifiesta que coarte la libertad de la víctima, prácticamente en los mismos términos que en la regulación anterior.

En el artículo 181 se introduce un nuevo y polémico apartado 4, que consiste en un subtipo agravado¹⁷ si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, *en todo caso, cuando sea menor de trece años*;
- b) prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco con la víctima.

El análisis de este apartado cuarto lleva al planteamiento de una serie de cuestiones¹⁸ que brevemente serán señaladas a continuación.

En primer lugar, la interpretación del artículo 181.2, en relación con la remisión del artículo 181.4, permitiría afirmar que existe vulneración del principio *non bis in idem*. A esta conclusión se llega por entender que el factor «menor de trece años» está siendo considerado dos veces. La primera, a efectos de entender que se con-

14. Vid. por todas, y en relación también al delito de corrupción de menores, la STS de 16 de septiembre de 1996, que condenó a una pena de multa de diez meses, por un delito de abuso sexual del 181.3 del CP 95, a un padre que en repetidas ocasiones «acariciaba y besaba los senos y los genitales» de su hija de doce años, «llegando incluso en alguna ocasión a introducirle los dedos en éstos».

15. En el CP de 1995, se consideraba en todo caso abusos sexuales no consentidos, los ejecutados sobre menores de doce años.

16. El prevalimiento de una relación de superioridad aparece con objeto de obtener el consentimiento de la víctima, exigiendo el tipo que sea manifiesta y que produzca en la víctima, el efecto subjetivo de sentirse coartado. En estos supuestos, a pesar de que existe el consentimiento de la víctima se considera que es nulo porque coarta la libre formación de la voluntad de la persona y se obtiene con abuso de una situación de superioridad. Sobre el concepto de «relación o situación de superioridad» ver la STS de 28 de mayo de 1986.

17. El artículo 181.4, que prevé la imposición de la pena en su mitad superior, remite a las circunstancias 3 y 4, reguladas en el artículo 180.1.

18. Las múltiples interpretaciones y problemáticas que pueden darse con la inclusión del apartado cuarto del artículo 181, y en el mismo sentido en el artículo 182.2, superan con exceso las pretensiones de este comentario, por lo que serán señaladas de forma muy esquemática y sintética. En este sentido, Vid. CASTELLÓ NICÁS, N. «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: Su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*». *Actualidad Penal*, núm. 37, 1999.

sideran no consentidos los abusos sexuales que se ejecuten sobre *menores de trece años*, y la segunda, al apreciar la agravante de especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad o situación, y *en todo caso, cuando sea menor de trece años*. Desde esta perspectiva, el elemento «edad» se tiene en cuenta dos veces¹⁹ a efectos de la determinación del tipo aplicable (primero el tipo básico y después el tipo agravado) y de acuerdo con los principios rectores de un derecho penal garantista, dicha remisión debe considerarse inconstitucional por la vulneración del principio *non bis in idem*.²⁰

De acuerdo con esta interpretación, la circunstancia tercera del artículo 180.1, que establece «*en todo caso, cuando sea menor de trece años*», no puede apreciarse con relación a los abusos sexuales del 181, pero ello no obsta a la posible apreciación por el juzgador de una especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad o situación, si concurren los requisitos que viene estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, en relación con la remisión a la circunstancia cuarta del artículo 180.1, relativa al prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, cabe señalar que existen varias posibilidades en función de la concurrencia o no del consentimiento y que serán apuntadas a continuación.

a) En relación a la circunstancia de *prevalimiento de una relación de superioridad* en los abusos sexuales: por un lado, cuando el consentimiento de la víctima se obtiene con prevalimiento de una relación de superioridad se aplicará la pena del tipo básico (181.1 y 3), porque se considera que a pesar de que la víctima tiene capacidad y madurez para consentir, el consentimiento está viciado, en la medida en que se ha obtenido con abuso de superioridad, siempre que además, esta situación de superioridad sea *manifiesta y que coarte la libertad de la víctima*. En cambio, cuando *no hay consentimiento* y el prevalimiento de la relación de superioridad sea *para la ejecución del delito*, se aplicará el subtipo agravado del artículo 181.4 (en relación con el 180.1.4.).

19. El artículo 181.2, al recoger la presunción de falta de consentimiento en los menores de trece años, permite la interpretación de que la observación de dicha circunstancia impide la apreciación del tipo agravado por vulneración del principio *non bis in idem*. Desde un punto de vista formal, es cierto que «la edad» se tiene en cuenta para considerar la falta de consentimiento *ex lege* y también para la apreciación de la agravante, y, en este sentido, se vulneraría el principio *non bis in idem*. Sin embargo, desde un punto de vista material, «la edad» se tiene en cuenta para determinar, por un lado, a partir de qué elemento objetivo —criterio biológico— consideramos que las personas no pueden prestar consentimiento para mantener una relación sexual porque carecen de la madurez suficiente para ello y el derecho interviene porque estas personas requieren y merecen protección, y, por otro lado, para castigar con mayor pena aquellas conductas que, precisamente, por recaer o ejecutarse sobre menores de trece años, comportan un mayor desvalor y la necesidad de una mayor conminación penal por el «plus» de reproche social que comportan. Desde este punto de vista, se tienen en cuenta factores o elementos diferentes que permitirían concebir que no existe vulneración del principio *non bis in idem*. De este modo, la interpretación teleológica de la ley permitiría una mayor aproximación a las exigencias de justicia material y el alcance de los objetivos propuestos por el legislador en la exposición de motivos.

20. Sobre la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la edad y el principio *non bis in idem*, vid. la STS de 12 de febrero de 1998.

b) En relación a la circunstancia de *prevalimiento de una relación de parentesco*: dará lugar a la *agravación* de la pena cuando el abuso sexual tenga lugar *sin consentimiento de la víctima y con prevalimiento de la relación de parentesco* (180.1.4). En cambio, mediando *relación de parentesco y consentimiento* de la víctima, se deberá aplicar la penalidad del tipo básico y, en todo caso, agravar la pena por apreciación de la circunstancia mixta de parentesco²¹ del artículo 23.

La última modalidad de abuso sexual del capítulo II del título VIII es el abuso sexual fraudulento del artículo 183. El *consentimiento* prestado en esta modalidad de abuso sexual tiene lugar a consecuencia de una maquinación fraudulenta o torticera, falsedad, etc. El margen de edad que se protege es de catorce a quince años, mientras que la anterior regulación protegía mediante esta figura al menor de edad comprendido entre los trece a quince años.²²

El artículo 183.2 regula el tipo agravado de abuso sexual fraudulento con acceso carnal y señala que la pena será de prisión de dos a seis años. A continuación en el mismo párrafo, señala que «la pena» se impondrá en su mitad superior si concurren las circunstancias del art. 180.1.3 y 4. Una interpretación sistemática y literal permite afirmar que la agravación lo es en relación al tipo agravado. Sin embargo, la finalidad de la ley persigue, con carácter general, una mayor protección de los menores que habría sido más positiva de haberse redactado un tercer párrafo con la agravación respectiva de las penas descritas en los apartados anteriores.

En cuanto a la remisión de la circunstancia del artículo 180.1.3 (especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, enfermedad o situación y *en todo caso, cuando sea menor de trece años*, cabe señalar que el inciso final, no puede aplicarse, porque de acuerdo con el art. 181.2 «se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años» y atendiendo a la protección de los menores que pretende la ley, si existe acceso carnal en un abuso sexual con menor de trece años, se aplicará el tipo penal del artículo 182 (que además prevé una penalidad superior), porque el consentimiento del menor no tiene ninguna relevancia,²³ sino que es una presunción *iuris et de iure*, y,

21. En la definición de la relación de parentesco del artículo 180.1.4 no se incluye al cónyuge dentro de los lazos de parentesco entre el autor y la víctima, por cuyo motivo sería preferible haber omitido dicha referencia y permitir la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco genérica del artículo 23, que en definitiva comportará la agravación de la pena, *con o sin consentimiento* pero cuando concurre *prevalimiento de relación de parentesco*.

22. El delito de abuso sexual fraudulento lo comete aquel que «mediante el engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis» (183.1). Teniendo en cuenta que en todo caso existirá abuso sexual no consentido cuando se trate de menores de trece años (181.2) y abuso sexual fraudulento con mayores de trece años, puede concluirse que los menores de edad que tengan trece años quedarán sujetos a una protección inferior de la que se prevé con relación al resto de menores de edad de hasta dieciséis años. Por ello, parece que el menor de trece años de edad queda en una inexplicable zona gris en cuanto a su protección, circunstancia que, sin duda, no responde al espíritu y finalidad de la ley, sino que parece más bien una confusión del legislador.

23. En este sentido, el legislador no entra a valorar si el consentimiento se presta por una u otra circunstancia o motivación, ni tampoco exige como elemento subjetivo de lo que es injusto el «engaño», sino que de forma automática, el consentimiento del menor de trece años es inválido y debe aplicarse el tipo básico en su modalidad agravada de acuerdo con el artículo 181.4.

además, queda taxativamente excluido del tipo básico de abuso sexual fraudulento.²⁴

A la circunstancia agravante de prevalimiento de relación de superioridad y de parentesco, puede hacerse extensivo cuanto se ha comentado al analizar el tipo penal del artículo 181.4.

2.3.3 *El acoso sexual*

A pesar de tratarse de un delito de nuevo cuño introducido por el legislador de 1995, el tipo penal de acoso sexual regulado en el artículo 184 ha sufrido una profunda modificación²⁵ con la Ley orgánica 11/1999. En líneas generales, se estructura en un tipo básico que consiste en solicitar favores de naturaleza sexual, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y que con tal comportamiento cause o provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante (art. 184.1); un tipo agravado por concurrir prevalimiento o amenaza (art. 184.2) y un tercer tipo que agrava respectivamente los anteriores cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación (art. 184.3).

Por un lado, la nueva regulación del tipo básico enumera tres ámbitos en los que se puede producir la solicitud de favores sexuales, suprimiendo así la ambigua redacción anterior que añadía a la situación de superioridad laboral y docente, la «análoga». Como novedad más relevante en la reforma de este tipo penal, destaca la posibilidad de que el acoso sexual se de entre iguales, es decir, sin que exista una relación de superioridad o jerárquica. Por otro lado, se introducen los conceptos «continuada o habitual» como condición de la relación en que se enmarca la petición ilegítima. Desde un punto de vista politicocriminal, estos conceptos son de difícil comprensión y la exigencia de su concurrencia para la apreciación del tipo básico va a requerir necesariamente la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia para evitar la inseguridad jurídica propia de los conceptos jurídicos indeterminados. Finalmente, se observa la inclusión de una circunstancia de una importante dificultad probatoria, a saber, que el comportamiento típico cause en la víctima una situación que ha de ser objetiva y grave-

24. La remisión a las circunstancias del artículo 180.1.3 y 4, como técnica legislativa utilizada para agravar todas las modalidades de abuso sexual, no parece muy apropiada y genera una cierta inseguridad jurídica, no sólo por los conceptos jurídicos indeterminados que contienen, sino por la dificultad de comprensión que suponen, la necesidad de interpretación tanto sistemática como conceptual y la incongruencia de algunos de los supuestos.

25. SÁNCHEZ, E.; LARRAURI, E. *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Vid. POLAINO-ORTS. *Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 67, Ed. Edersa, 1999, pág. 143 a 207. Sobre la nueva configuración jurídica del delito de acoso sexual, considera este autor que quizás se ha abundado en exceso en la regulación de esta figura, afirmando que el tipo básico «introduce una serie de elementos o requisitos típicos nuevos, que amplían hasta límites desproporcionados el propio ámbito del delito». *Op. cit.*, pág. 197.

mente intimidatoria, hostil o humillante.²⁶ Podría cuestionarse la congruencia del redactado, en la medida en que mientras que la situación ha de ser objetiva, el resultado de ésta ha de ser subjetivo, manifestándose mediante cualquiera de las tres formas enunciadas (intimidatoria, hostil o humillante) que además, por si fuera poco, deberá ser grave. La existencia de la situación objetiva y la apreciación de la gravedad de los efectos o circunstancias mencionadas deberá ser valorada por el juzgador.

La configuración penal del delito de acoso sexual en la redacción anterior exigía en el tipo básico el prevalimiento de una situación de superioridad y el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal, circunstancias éstas que ahora van a suponer la agravación del tipo básico cuando se produzcan en el marco de la relación laboral, docente o jerárquica, tal como establece el apartado segundo del artículo 184. Cabe señalar, además, que dichas circunstancias con la nueva regulación se convierten en alternativas, es decir, será suficiente para que se dé la conducta típica que concurra el prevalimiento de la situación o el anuncio de la causación de un mal sin que sea necesario que se den ambas como sucedía con la anterior regulación.

En el artículo 184.3 se introduce un tipo agravado de segundo grado con relación a los dos apartados anteriores, atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación.

2.3.4 Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

La modificación introducida en el capítulo IV «de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual» en los artículos 185 y 186, afecta únicamente a la conminación penal, incrementando las penas pecuniarias de tres a diez meses, a las actuales de seis a doce meses, introduciendo, además, la posibilidad de castigar estas conductas mediante pena de prisión de seis meses a un año.

2.3.5 Los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores

El capítulo V del CP comprende los artículos 187 a 190 y son numerosas las novedades que introduce la reforma aunque aquí sólo van a ser señaladas de forma general. La primera cuestión de carácter formal que cabe destacar en este apartado es la reintroducción de la terminología «corrupción de menores»²⁷ en el *nomen iuris* de la rúbrica del capítulo V (abandonada por el legislador de 1995) y

26. Sobre este requisito *ex novo*, POLAINO-ORTS sostiene que «reduce el ámbito del tipo, pues deja fuera aquellos casos en que se produzca una solicitud de favores sexuales pero no se produzca una situación semejante, lo cual parece contradecir la supresión en este tipo básico del prevalimiento de la relación de superioridad». *Op. cit.*, pág. 198.

27. La entrada en vigor del CP de 1995, al omitir la terminología «corrupción de menores», forzó la aplicación de otros tipos penales, así por ejemplo, cabe citar la STS de 28 de enero de 1997, que recoge en su fundamento de derecho tercero que «si los hechos enjuiciados no constituyen *corrupción de menores* desde esta perspectiva de la retroactividad de la Ley penal más favorable, tales hechos tienen encaje en el delito de abusos sexuales del artículo 181.3, habida cuenta de la obtención del consentimiento

que, según la exposición de motivos de la ley, se produce como consecuencia de «considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos».

El tipo penal básico del artículo 187 relativo a la prostitución se ha visto modificado básicamente por la introducción *ex novo* de un apartado tercero, que prevé la imposición de las *penas superiores en grado* a las previstas en los apartados anteriores, cuando «el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».²⁸ Las actividades de referencia son las descritas en el tipo básico del 187.1, y el tipo agravado del 187.2, consistentes en «inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o incapaz», así como la de aquellos que realicen estos hechos «prevaliéndose de su carácter público». Este apartado se introduce con objeto de castigar más gravemente por el mayor desvalor que supone la comisión de estos delitos al amparo de la infraestructura de una organización o asociación con estos fines, la cual, generalmente dificulta la investigación criminal y la determinación del grado de participación de sus miembros en la actividad delictiva.²⁹

El delito de determinación a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella (188.1) ha sufrido algunas modificaciones en cuanto a los elementos del tipo, ampliando las modalidades de comisión del delito. Así, antes se requería que se determinara «coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad», y la reforma establece «empleando *violencia, intimidación* o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o *vulnerabilidad* de la víctima».

El artículo 188.2 introduce un tipo penal *ex novo*: el delito de tráfico de personas con fines sexuales, que consiste en favorecer directa o indirectamente «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».³⁰ A la acción de favorecer (la entrada, etc.), se añade la exigencia de la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto, que consiste en el propósito o fin de explotación sexual de las personas objeto de tráfico. Para llevar a cabo dicha acción, con el mencionado propósito, se describen toda una serie de modalidades de comisión del delito (*violencia, intimidación, etc.*).

de los menores con prevalimiento de la situación de superioridad manifiesta y coartadora de la libertad de las víctimas». Desde una perspectiva técnico-legislativa, cabe señalar que a pesar de haber desaparecido el *nomen iuris* de la corrupción de menores, algunas leyes aprobadas con posterioridad al CP de 1995 seguían haciendo referencia a este concepto, así por ejemplo, la Ley orgánica 5/1999, de 13 de enero, reguladora de la entrega vigilada y el agente encubierto.

28. La existencia de redes nacionales e internacionales que se dedican a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual ha generado la necesidad de intervención del derecho penal para una mayor protección de los menores de edad y los incapaces.

29. Según la exposición de motivos, los Estados miembros de la Unión Europea, se compromietieron a «revisar su legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual».

30. A pesar de la buena intencionalidad del precepto, la indeterminación del concepto «favorecer directa o indirectamente» va a requerir una laboriosa interpretación por parte de la doctrina y jurisprudencia. Por otro lado, la actividad probatoria en este delito también va a resultar compleja.

El anterior artículo 188.2 regulaba la pena de inhabilitación absoluta si el autor del tipo básico del artículo 188.1 se prevalía de su carácter público. Este tipo agravado se regula con la reforma en el artículo 188.3, el cual además de referirse a las conductas descritas en los dos apartados anteriores, introduce la agravación de la pena en su mitad superior.

Si las conductas anteriores se realizan sobre menores de edad o incapaces, ya sea para que inicien o mantengan una situación de prostitución, la pena a imponer será la superior en grado en función del apartado al que corresponda (188.4).

Mediante el artículo 188.5, se introduce un nuevo apartado de carácter concursal, en el que se establece que las penas de los apartados anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida, es decir, que de concurrir ambas figuras delictivas, se habrá de acudir al concurso real de delitos.

Finalmente, se modifica sustancialmente el artículo 189, quedando configurado de la siguiente manera:

El apartado primero establece dos supuestos en los que la pena será de uno a tres años de prisión.

a) En primer lugar, cuando se utilice 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) En segundo lugar, al que «*producjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitar 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 fuere desconocido.*

En el primer supuesto, se introducen dos nuevas conductas típicas (elaborar y financiar), mientras que el segundo es totalmente de nuevo cuño y establece un listado de conductas típicas vinculadas al proceso de producción y difusión de material pornográfico, independientemente del origen o procedencia de éste. La diferencia fundamental entre uno y otro estriba en que en el primer apartado el material pornográfico está en fase de producción, realización, etc., mientras que en el segundo, el material ya está elaborado. Se introduce al final del artículo 189.1 un párrafo que regula un tipo penal privilegiado: el delito de posesión de material pornográfico para la realización de cualquiera de las conductas señaladas anteriormente.³¹

El artículo 189.2 crea un tipo penal cualificado consistente en la imposición de la pena superior en grado, cuando el culpable perteneciere a una organización o

31. La posesión de material pornográfico para el autoconsumo es impune, aún considerando que podría favorecer la producción de éste. En ocasiones, también resulta de notoria dificultad determinar la edad de la persona que aparece en el material pornográfico o si para su elaboración han sido utilizados menores de edad o incapaces, o bien si se trata de manipulaciones mediante técnicas o sistemas informáticos que dan una apariencia tan real a las imágenes que resulta imposible no caer en el error o convicción de que se trata de un menor.

asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de las actividades señaladas en el artículo anterior.

El artículo 189.3 introduce de nuevo en el CP el delito de corrupción de menores.³² El propio precepto establece una definición del concepto *corrupción* de menores o incapaces, que consiste en hacer participar al menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste. Esta figura delictiva lleva al planteamiento de una serie de cuestiones como la ambigüedad del concepto «hacer participar», que dificulta seriamente la comprensión sobre cuál debe ser el alcance que, de este tipo penal, pretende el legislador, sobre cuáles son los comportamientos que pueden perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad del menor, con arreglo a qué criterios deben ser determinados y cómo se distinguen o cuál es la delimitación con los demás tipos delictivos contra la libertad y la indemnidad sexuales y, por supuesto, las cuestiones concursales que surgen al respecto.

2.4 La prescripción en los delitos contra la libertad sexual

A la actual regulación del artículo 132.1 del CP sobre la prescripción, se añade un apartado que establece que cuando la víctima sea menor de edad, el plazo de prescripción para determinados delitos, entre los que se incluye los delitos contra la libertad sexual,³³ empezará a computar, desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad.

De este modo, se amplía el plazo de perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea un menor de edad, iniciándose el cómputo del plazo de prescripción a partir del momento en que el menor alcance la mayoría de edad. En el caso de que la víctima falleciera antes de la mayoría de edad, el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha del fallecimiento.

2.5 Prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia

Los artículos 4, 5 y 6 de la LO 11/1999 tienen por objeto la misma modificación en diferentes preceptos del CP, introduciendo como medida cautelar y como medida de seguridad la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia.³⁴ Así, los artículos del CP a los que se añade esta medida son: 57, 83.1, 105.1 y 617 *in fine*.

32. TORRES FERNÁNDEZ, M.E. «El nuevo delito de corrupción de menores». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12 (1999), <http://criminet.ugr.es/recpc/>

33. Quizá habría sido técnicamente más correcto mencionar los delitos contra la libertad «y la indemnidad sexual», de acuerdo con el enunciado del título VIII del libro II, y con la finalidad protectora de la reforma que va más allá de la protección de la libre formación de la voluntad, protegiendo el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad.

34. Estos artículos han sido modificados de nuevo mediante la LO 14/1999, en el sentido de ampliar las personas que pueden ser protegidas mediante estas prohibiciones.

Finalmente, la Ley orgánica 11/1999 modifica el apartado 2 del artículo 617 del CP, en el mismo sentido que los anteriores, es decir, que a la falta de malos tratos de obra del artículo 617, se añade la posibilidad de que los jueces o tribunales acuerden, cuando la víctima lo solicite, la prohibición de que el reo se aproxime o se comunique con la víctima o con su familia, o que vuelva al lugar en que cometió la falta o acuda al lugar en que residan la víctima o su familia si fueran distintos.

2.6 Modificación de la Ley orgánica del poder judicial

En la disposición final única de la ley, se modifica el contenido de dos apartados del artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, con relación a las reglas sobre la competencia extraterritorial, haciendo extensiva a los delitos de corrupción de menores o incapaces, la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, entendiéndose que debe aplicárseles el principio de universalidad al considerarlos asimilables a la categoría internacional de delitos de explotación de seres humanos.

3. 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

Siguiendo el criterio sistemático anunciado anteriormente, abordaremos a continuación el análisis de 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.

3.1 Estructura de la ley

La Ley orgánica 14/1999 tiene una estructura que consta de una exposición de motivos, dos capítulos, tres artículos y una disposición final única. El capítulo I contiene dos artículos que introducen las modificaciones al CP. El artículo primero modifica siete preceptos³⁵ del libro I del CP, relativos a la parte general, y el artículo segundo modifica tres preceptos³⁶ del libro II del CP, relativos a la parte especial. El capítulo II se compone de un único artículo que modifica diez preceptos³⁷ de la Ley de enjuiciamiento criminal y la disposición final única establece que esta ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.

35. Los artículos del CP que se corresponden con la parte general y que han sido modificados mediante la LO 14/1999 son los siguientes: 33, 39, 48, 57, 83, 105 y 132.

36. Los artículos del CP que se corresponden con la parte especial y que han sido modificados mediante la LO 14/1999 son los siguientes: 153, 617 y 620.

37. Los artículos de la Ley de enjuiciamiento criminal que se han visto modificados con la reforma introducida por la LO 14/1999 son los siguientes: 13, 14, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 y 713.

3.2 Fundamento de la reforma

En la exposición de motivos, el legislador señala que en el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, se incluían una serie de acciones legislativas consistentes en la modificación del CP y de la Ley de enjuiciamiento criminal, «para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas».

Las modificaciones al CP que destaca el legislador en la exposición de motivos son cuatro: «la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima».

En cuanto a las modificaciones a la Ley de enjuiciamiento criminal, señala el legislador que «persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias (...)», y así, por ejemplo, se modifica el artículo 104 para «permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres».

3.3 Modificaciones al Código penal

3.3.1 Modificaciones que afectan a la parte general del Código penal

En el artículo 33 del CP, relativo a la clasificación de las penas, la LO 14/1999 introduce como penas graves y menos graves «la prohibición de *aproximarse* a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de *comunicarse* con ellos». Se introduce una pena leve consistente en el mismo contenido que las anteriores y añade «la privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos». Esta pena ya existía como grave y como menos grave.

Puede decirse que, con carácter general, el legislador ha añadido, a la pena y medida privativa del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima y su familia. Es lo que ocurre con la modificación de los artículos 33, 39, 83 y 105.

38. La protección de esta pena se extiende más allá de la propia víctima y su familia, llegando a dar cobertura a aquellas personas que el juez o tribunal determinen en función de la causa.

La prohibición de aproximarse a la víctima, o su familia, o aquellos que determine el juez, es una privación de derechos que impide al penado acercarse a ellos, independientemente del lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos³⁹ (artículo 48, párrafo segundo).

La prohibición de comunicarse con la víctima, familiares o personas que determine el juez o tribunal, también es una privación de derechos que impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual³⁹ (artículo 48, párrafo tercero).

El artículo 57 también se modifica con la LO 14/1999 y, además de introducir estas dos nuevas prohibiciones como penas accesorias a determinados delitos, establece que su imposición podrá ser de una o varias al mismo tiempo, haciéndolas extensivas a las infracciones penales constitutivas de faltas de los artículos 617 y 620 del CP.

La LO 14/1999 también modifica el artículo 132.1 relativo a la prescripción. En esta ocasión, se añade un nuevo inciso con el siguiente texto: «[e]n 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 intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere 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 del fallecimiento».

Respecto a la anterior regulación,⁴⁰ se suprime la referencia a los delitos de malos tratos, se añade a los delitos contra la libertad «y la indemnidad sexuales» y se introducen el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

3.3.2 Modificaciones que afectan a la parte especial del Código penal

Las principales modificaciones en relación al tipo penal de malos tratos en el ámbito familiar son tres: la introducción de la violencia psíquica como forma de maltrato, la ampliación de las personas que pueden ser víctimas de este delito y la introducción de una definición del concepto de habitualidad.⁴¹

No obstante, no ofrece una definición de qué debe entenderse por violencia psíquica, sino que deja abierta la posibilidad de sancionar conductas que hasta ahora venían castigándose mediante otros tipos penales (vejaciones, tratos inhumanos, etc.).

39. Con esta definición el legislador ha pretendido dar cobertura a todas las formas posibles de comunicación y quizás habría sido más conveniente establecer una cláusula más genérica, porque por ejemplo, una interpretación literal nos lleva a entender que dentro de las formas de comunicación no se prohíbe el contacto auditivo (música, grabación de sonidos, etc.), porque lo que se prohíbe por cualquier medio es el contacto escrito, verbal o visual.

40. La LO 11/1999 modifica este precepto.

41. Sobre la interpretación de los conceptos «violencia física y psíquica», y, especialmente del concepto «habitualidad» en las conductas violentas, vid. la circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/1998, de fecha 24 de octubre de 1998.

El artículo 153 sufre otra modificación interesante, consistente en la introducción de un segundo apartado que contiene una definición del concepto «habitualidad», a efectos de apreciación de este elemento esencial del tipo. Sin embargo, la definición, además de imprecisa y confusa, es lamentablemente desafortunada⁴² y los requisitos que establece esta definición, *strictu sensu*, convierten al precepto prácticamente en inaplicable. Ciertamente, no cabe duda alguna de las diferencias entre la «habitualidad» y la «reincidencia»⁴³ tal como se desprende de la redacción al señalar que se apreciará la habitualidad con independencia de que «los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

En cuanto a la redacción de los sujetos pasivos, al establecer la reforma «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 (...)» permite aplicar este tipo penal sin exigir el requisito de la convivencia entre la víctima y el autor.⁴⁴

El segundo párrafo del artículo 617.2 se modifica en el sentido de remitir al artículo 153 a efectos de considerar las personas que pueden ser sujetos pasivos de la falta de malos tratos, en cuyo caso se aplicaría la pena agravada. Sin embargo, de la interpretación sistemática del precepto, resulta que a efectos de un «maltrato de obra» se tendrá en consideración la relación de parentesco y aún más, sin que sea necesaria la convivencia, en cambio, ante una «agresión o lesión» que no sea delito con arreglo al CP, el legislador no establece nada al respecto.

También introduce el artículo 617.2, que el juzgador deberá tener 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». Esta misma consideración se introduce en el último párrafo del artículo 620.

3.3.3 Modificaciones de la Ley de enjuiciamiento criminal

Se introduce un nuevo redactado en el artículo 13 de esta ley, que en relación con los artículos 109 y 544 bis, introduce la posibilidad de adoptar desde las primeras diligencias, las medidas cautelares en los casos del artículo 57 del CP, y que en definitiva pretenden el aseguramiento del delincuente, la protección de las víctimas de delitos de malos tratos en el ámbito familiar, el distanciamiento entre el agresor y la víctima, mediante la imposición cautelar de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares.

42. La referencia a que se «atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados», no sólo es ambigua e indeterminada, sino que comprende la dificultad probatoria, especialmente cuando no se han tomado ningún tipo de «medidas acreditativas» en el momento de sufrir la agresión, como si todo el proceso en sí no fuera suficientemente doloroso y, en la mayoría de los casos, humillante.

43. TAMARIT SUMALLA, J.M. «La reforma penal en materia de protección de las víctimas del maltrato». *La Ley*, núm. 262, 5 de julio de 1999, Ed. La Ley Actualidad, S.A.

44. La protección a las víctimas de malos tratos se ve intensificada mediante la ampliación que se realiza en este precepto. Sin embargo, es una lástima que el legislador no haya pensado en introducir esta modificación en el artículo 23, relativo a la circunstancia mixta de parentesco de la parte general, ya que quizá hubiera sido lo más indicado para la obtención de una mayor protección en todos los delitos contra las personas que se cometan entre parientes.

De acuerdo con el contenido del artículo 14, el juez de paz conocerá, entre otras, de las faltas del artículo 620, salvo cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas del artículo 153.

Por un lado, el artículo 103, permite ejercitar acciones penales entre parientes, cuando se haya cometido un delito o falta, el uno contra el otro. Por otro lado, el artículo 104, permite la persecución de oficio de las faltas de malos tratos y se suprime la referencia obsoleta a la «en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres (...)». Se amplía de este modo la perseguibilidad de este tipo de conductas.

Los artículos 109, 448, 455.2, 707 y 713 hacen referencia a cuestiones de carácter procesal, siendo especialmente destacable que cuando el testigo sea menor de edad se intentará evitar la confrontación visual del testigo con el inculgado, permitiendo para ello la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que permita la práctica de la prueba; en el mismo sentido, no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el juez lo considere «imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos» y siempre previo informe pericial. Con estas medidas, se pretende una protección especial cuando el testigo sea un menor de edad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Sobre la reforma de los delitos sexuales

- BEGUÉ LEZAÚN, J.J. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*. Barcelona: Ed. Bosch, 1999.
- BOIX REIG; ORTS BERENGUER «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999». *Actualidad Penal*, núm. 35, 1999.
- CASTELLÓ NICÁS, N. «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*». *Actualidad Penal*, núm. 37, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El delito de abuso sexual tras la reforma de 1999». *Curso de Formación Ministerio Fiscal*. Centro de Estudios Judiciales, junio de 2000.
- POLAINO-ORTS «Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67. Madrid: Ed. Edersa, 1999.
- SÁNCHEZ, E.; LARRAURI, E. *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. «La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial». *Actualidad Penal*, núm. 14, 2000.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Elcano: Ed. Aranzadi, 2000 (Monografías; *Revista de Derecho y Proceso Penal*).

TORRES FERNÁNDEZ, M.E. «El nuevo delito de corrupción de menores». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12, 1999. <http://criminet.ugr.es/recpc/>

VICENTE MARTÍNEZ, R. «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999». *Actualidad Penal*, núm. 42, 1999.

2. Sobre la reforma en materia de protección a las víctimas de malos tratos

ABRIL GONZÁLEZ, C.; BARRIOS CURBELO, M.B.; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A. *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999: Protección de las víctimas de malos tratos*. Coord.: MARTÍN ESPINO, J.D. Madrid: Ed. Colex, 1999.

BOSCH FIOL, E; FERRER PÉREZ, V.A. *Assetjament sexual i violència de gènere*. Palma de Mallorca: Ed. Documenta Balear, 2000.

CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000.

GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J.F.; FRIGOLA VALLINA, J. *La violencia doméstica: regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Barcelona: Ed. Bosch, 1999.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.; CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. LO 14/1999, de 9 de junio, problemas fundamentales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

LÓPEZ ARMINIO, M.J. «Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer». *V Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos*. Cádiz, 2000.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C.; VALMAÑA OCHAÍTA, S. [coord.] *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J.M. «La reforma penal en matèria de protecció de les víctimes de maltractaments». *La Llei*, núm. 262, 5 de julio de 1999. Ed. La Ley Actualidad, S.A.