



## INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

### I. ANTECEDENTES

En fecha 16 de octubre de 2020 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado la comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, solicitando informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días. El Anteproyecto de Ley Orgánica se acompaña de su correspondiente Memoria de análisis de impacto normativo.

El oficio justifica su remisión en el cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (artículo 124 CE y artículo 1 EOMF). Para el cumplimiento de esta misión, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las funciones recogidas en el artículo 3 del EOMF.

No obstante, la aludida limitación material de la potestad de informe del Consejo Fiscal, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo



Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

Según su Exposición de Motivos, la nueva Ley Orgánica *"pretende impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por los factores de discriminación descritos. Para asegurar la prevención, una respuesta efectiva a las víctimas y la sanción proporcional de estas conductas, se confiere una importancia central a la puesta en marcha de medidas integrales e interdisciplinares de actuación institucional y profesional especializada y coordinada"*. El texto propuesto reviste, por tanto, un marcado carácter transversal, viéndose afectadas por su articulado materias y cuerpos normativos de muy diferentes especialidades del Derecho vinculadas con la organización y estructura del Ministerio Fiscal, además de incidir en algunas de sus funciones.

El Anteproyecto sometido a informe incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa (artículo 3.3 EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (artículo 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo



directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (artículo 3.5 EOMF); velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (artículo 3.10 EOMF); ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor (artículo 3.13 EOMF).

Es por ello que la emisión del presente informe se enmarca en las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

## II. JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto objeto de informe nace con la vocación de actualizar el ordenamiento jurídico español adaptándolo al Convenio de Estambul, con el objeto de abordar el tratamiento específico y la protección necesaria para hacer frente a cada tipo de violencias, así como de formar conciencias activas, individuales y colectivas, a favor de relaciones igualitarias, de unas instituciones comprometidas con la erradicación de las violencias sexuales y de adoptar mecanismos para garantizar la reparación integral de las víctimas.

El Anteproyecto, por consiguiente, pretende garantizar el derecho a la libertad sexual, el abordaje integral de las violencias sexuales cometidas contra mujeres, niñas y niños, acomodando nuestro ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales asumidos por España.



En la Exposición de Motivos se indica que España ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos y convenios europeos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas, las violencias sexuales. Cabe destacar la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (CEDAW), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

El Convenio de Estambul establece la obligación de las Administraciones Públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como *“todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas impulsaron la promoción y protección de los derechos humanos, incluida la lucha contra toda clase de discriminación y violencia que sufren las mujeres y las niñas. Concretamente, en su objetivo 5 establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

Por lo que respecta a la prevención y respuesta específica a las violencias sexuales contra niñas y niños, España asumió compromisos concretos derivados de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de



Lanzarote) y de la aprobación de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Mecanismos de Naciones Unidas como el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces.

Por su parte, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas ha recomendado al Estado español que adopte todas las medidas apropiadas para combatir la violencia contra las mujeres con discapacidad y para prevenir, investigar y ofrecer reparaciones por las violaciones de sus derechos humanos, enjuiciando a las personas responsables.

El Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país mejorar los procedimientos de detección y coordinación para garantizar que las violencias sexuales contra niñas y niños sean debidamente investigadas y sancionadas y se proporcione reparación a las víctimas, en el marco de procedimientos administrativos y judiciales respetuosos con las necesidades específicas de éstas.



La Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razón de género desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado, por unanimidad, por el Congreso de los Diputados y el Senado, en diciembre de 2017, supuso un hito en la lucha contra la violencia contra las mujeres y una llamada al legislador para adaptar el ordenamiento jurídico a los compromisos internacionales asumidos por España. Así, entre otras, la medida 102 del Texto integrado establece la necesidad de *“ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”* o las medidas 250 a 272 del texto integrado comprendidas en el Eje 8 del Pacto de Estado dedicado a *“visualización y atención a otras formas de violencia contra las mujeres”*.

El texto trata de dar respuesta –y en ese sentido, la iniciativa se valora positivamente– a los compromisos internacionales asumidos por el Estado español, a las recomendaciones de los organismos anteriormente citados y al contenido del propio Pacto de Estado de 2017.

### III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley consta de sesenta y dos artículos distribuidos en un título preliminar y ocho títulos numerados del I al VIII, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y veintidós disposiciones finales.



El Título Preliminar establece el objeto y finalidad de la ley, sus principios rectores y su ámbito de aplicación. Como se indica en la Exposición de Motivos, se parte de un enfoque de la respuesta institucional que coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las Administraciones Públicas en la posición de garantes de los mismos, como titulares de obligaciones. Incluye la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas se adecuan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad.

El Título I contiene medidas de mejora de la investigación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual, con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley.

El Título II prevé actuaciones para la prevención y la detección de las violencias sexuales como base fundamental para su erradicación. El Capítulo I establece medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, de la Administración Pública y castrense, así como de lugares residenciales y de privación de libertad. Incluye campañas institucionales de prevención, con el fin de prevenir las violencias sexuales tanto en el ámbito público como en el privado. Estas campañas están orientadas a combatir los estereotipos de género y falsas creencias que obstaculizan la prevención de las violencias sexuales.

El Capítulo II de este Título prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en tres ámbitos fundamentales: el educativo, el sanitario y el sociosanitario, con el fin de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas. Además, se prevé el



establecimiento de protocolos de actuación que permitan la detección y atención de casos de mutilación genital femenina y de matrimonio forzado.

El Título III recoge las medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, así como en la atención integral, la protección y la justicia, como una de las principales garantías de aplicación de esta ley.

El Título IV está dedicado al derecho a la asistencia integral especializada y accesible. En el Capítulo I se define el alcance y garantía de este derecho. El Capítulo II establece medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral y de empleo público que concilien los requerimientos de la relación laboral o del empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencias sexuales.

El Título V regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y establece la obligación de una actuación policial especializada y mejoras relativas a la calidad de la atención en el proceso de denuncia, la investigación exhaustiva y la protección efectiva de mujeres en riesgo.

El Título VI aborda el derecho al acceso y obtención de justicia. En el Capítulo I se aborda la especialización en violencia sexual de las unidades de valoración forense integral y del personal médico forense. El Capítulo II establece medidas judiciales de protección y acompañamiento reforzado para las víctimas.

El Título VII consagra el derecho a la reparación que supone el deber del Estado de restituir a la víctima en su situación anterior a la violencia y comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física,



psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

El Título VIII prevé medidas para garantizar la aplicación efectiva de la ley.

La Disposición adicional única está dedicada a la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

La Disposición transitoria única regula la aplicación de medidas contempladas en la ley a los procesos en trámite.

La Disposición derogatoria única deroga aquellas normas que se opongan al contenido de la ley.

La Disposición final primera modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

La Disposición final segunda modifica la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

La Disposición final tercera modifica la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

La Disposición final cuarta modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.

La Disposición final quinta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*.



La Disposición final sexta modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de *Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*.

La Disposición final séptima modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

La Disposición final octava modifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la *igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

La Disposición final novena modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del *Estatuto del trabajador autónomo*.

La Disposición final décima modifica la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del *Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*.

La Disposición final undécima modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*.

La Disposición final duodécima modifica la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del *Código Penal Militar*.

La Disposición final decimotercera modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

La Disposición final decimocuarta modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.



La Disposición final decimoquinta modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La Disposición final decimosexta establece la naturaleza de la ley.

La Disposición final decimoséptima dedicada al título competencial.

La Disposición final decimoctava contiene la mención a la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en violencias sexuales.

La Disposición final decimonovena relativa a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

La Disposición final vigésima prevé modificaciones reglamentarias.

La Disposición final vigesimoprimera prevé la habilitación para el desarrollo reglamentario.

La Disposición final vigesimosegunda contiene la entrada en vigor de la norma. El presente informe incide en prácticamente todo el articulado, sin perjuicio de detenerse en aquellos preceptos que resultan más directamente vinculados con la actividad del Ministerio Público.

En cuanto al orden expositivo, se sigue el del propio articulado y demás disposiciones del Anteproyecto, realizando unas consideraciones previas al conjunto del texto.

Los apartados que no se mencionan expresamente no son objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del artículo 14.4.j) EOMF.



#### IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

##### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. PRECISIONES CONCEPTUALES

Se considera que no resulta correcto el nombre de la ley, al entender que puede llevar a equívocos. El derecho a la libertad sexual se predica de todos y cada uno de los individuos, no de una parte, por cuantiosa que sea. El Anteproyecto regula medidas y una protección integral frente a las violencias sexuales, cuyas víctimas en mayor proporción son mujeres, niñas y niños.

Según los datos estadísticos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, del total de condenados por delitos contra la libertad sexual en el año 2019 el 96,97% fueron hombres, frente al 3,03 % de mujeres.

En el informe elaborado por el Ministerio del Interior en 2018, del total de victimizaciones por delitos contra la libertad sexual el 85,38 % fueron mujeres y el 14,54 % hombres.

La norma proyectada tiene una estructura y contenido similar a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, abordando desde un enfoque global todos los aspectos de las violencias sexuales, desde la prevención, sensibilización, detección, protección, punición y reparación. Por ello, para evitar reiteraciones, solapamientos y disfunciones en el sistema de protección establecido, al tiempo que se mantendría la coherencia e integridad conceptual con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, hubiera resultado más lógico modificar la LO 1/2004 en el sentido de ampliar su contenido a las violencias sexuales y en cuanto a la protección de los menores, víctimas de violencia sexual, regularla en el ámbito del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la



Adolescencia frente a la Violencia. Reforzando lo anterior, basta señalar que la gran mayoría de medidas contempladas en el presente Anteproyecto tienen por destinatarias a mujeres y no a niñas ni niños, llegando en alguno de los preceptos a hacerse referencia únicamente a mujeres, como se pondrá de manifiesto más adelante. Asimismo, se otorga un papel fundamental a la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género al configurarlo como órgano responsable de recogida y análisis permanente de la información, en los términos del artículo 5 del Anteproyecto; el artículo 57.2 del Anteproyecto llega a afirmar que *“dentro de las funciones que tienen encomendadas en materia de violencia de género la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, las Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer, se entenderán comprendidas todas aquellas violencias a las que se refiere esta ley orgánica”*.

## 2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Lo primero que llama la atención de la Exposición de Motivos es su extensión; el contenido de las secciones IV (rango normativo), V (principios de buena regulación) y VI (título competencial) resulta más propio de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que de la Exposición de Motivos.

La Sección I se destina a la conceptualización de las violencias sexuales, para lo cual se toma como referencia lo establecido en el artículo 36 del Convenio de Estambul, así como lo dispuesto, entre otras, en la Medida 104 del texto integrado del Pacto de Estado contra la violencia de género. En la Medida 104 de este Pacto de Estado se declara que *“la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, y comprende todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres, daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, así como cualquier otra*



*forma de violencia que afecte a las mujeres de forma desproporcionada. (...) Son también formas de violencia contra las mujeres conforme al Convenio de Estambul, la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina. El matrimonio forzado, el acoso sexual y el acoso por razones de género, el aborto forzado y la esterilización forzada, incluso en los casos en que no exista con el agresor la relación requerida para la aplicación de la LO 1/2004”.*

Se afirma en la Exposición de Motivos que *“la presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual”*. Sin embargo, no se realiza propuesta alguna de modificación en este sentido ni en el Código Penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este punto convendría recordar la modificación –de la que se tratará más adelante– del artículo 13 LECrim propuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI), así como la posición favorable al respecto del Consejo Fiscal, plasmada en su informe de fecha 25 de marzo de 2019. Se desconocen las razones por las que dicha modificación del artículo 13 LECrim no figura entre las propuestas en el Proyecto de Ley Orgánica (LOPIVI) remitido a las Cortes Generales el 19 de junio de 2020, por lo que el Consejo Fiscal, coherentemente con lo ya informado, interesa se recupere tal modificación en el Proyecto de LOPIVI o que la misma se incorpore al presente Anteproyecto.

Asimismo, se hace referencia a la inclusión del *“homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica”*. Es cierto que no se propone reforma alguna en este sentido, pero también es cierto que su inclusión ya existe en el Código Penal, concretamente el artículo 140.1.2 CP



castiga con la pena de prisión permanente revisable cuando el asesinato *“fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”*, por lo que la referencia a su inclusión no alcanza a comprenderse, salvo en lo relativo a la extensión de la aplicación de las medidas de reparación comprendidas en la propia norma y a efectos estadísticos.

Se dedica la Sección II a la mención de los distintos tratados y convenios internacionales suscritos por España y a las obligaciones contraídas por el Estado en la materia. El Anteproyecto pretende dar cumplimiento a tales compromisos y obligaciones.

La Sección III contiene una referencia a la estructura de la norma. Cabría señalar, sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la modificación propuesta del Código Penal, que la Sección III contiene una afirmación que debería ser eliminada del texto. Al exponer la unificación de conductas típicas en agresiones sexuales, superando, por tanto, la distinción entre agresiones y abusos, el texto afirma que *“este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria”*.

La modificación propuesta contribuye a evitar la victimización secundaria, pero en modo alguno puede suponer una reorientación del régimen de valoración de la prueba. La carga de la prueba continuará correspondiendo a la acusación y el régimen de valoración de la prueba practicada en el juicio oral continuará siendo el establecido en el artículo 741 LECrim, como se asume en el propio texto.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa la eliminación de dicha afirmación de la Exposición de Motivos.



Como se ha puesto de manifiesto, se considera que las Secciones IV, V y VI exceden del contenido propio de una Exposición de Motivos.

### 3. TÍTULO PRELIMINAR. DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 1. Objeto y finalidad

En el apartado 1 del artículo 1 se establece que el objeto de esta ley es *“la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual”*.

No se considera correcta la formulación del objeto de la ley en tales términos. La libertad sexual se configura como una manifestación del derecho a la libertad del artículo 17 Constitución española, libertad que se predica de toda persona, como se analizará con más detenimiento al tratar la Disposición final quinta.

Resulta más preciso, atendiendo a la totalidad del articulado del Anteproyecto, indicar que el objeto de la ley radica en la protección integral de las víctimas (mujeres, niñas y niños) de violencias sexuales, en la prevención y erradicación de tales violencias. Ello resultaría más coherente con la finalidad de la norma reflejada en el apartado 2 de este mismo precepto: *“adoptar y poner en práctica políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas Administraciones Públicas competentes, que incluyan todas las medidas pertinentes que garanticen la prevención y la respuesta frente a todas las formas de violencia sexual”*.

El apartado 3 señala los fines a los que se encuentran dirigidas las medidas de protección integral y de prevención. Se valora positivamente la expresa mención realizada al fortalecimiento de las medidas de sensibilización



ciudadana y de prevención, promoviendo políticas eficaces de sensibilización y formación en distintos ámbitos entre los que señala el ámbito digital. Se considera acertado el enfoque global, en la medida en que aborda desde el origen hasta las últimas consecuencias de la violencia sexual, es decir, desde la sensibilización/concienciación, prevención, detección, hasta, finalmente, la reparación integral de las víctimas.

El apartado j), dentro del apartado 3 del artículo 1, establece como uno de los fines perseguidos por las medidas de protección integral y de prevención, *“asegurar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las víctimas de violencias sexuales”*. La referencia a “todas las víctimas” parece, por contraposición a lo manifestado en el apartado 1, no quedar circunscrita a las víctimas que fundamental y desproporcionadamente sufren violencias sexuales, esto es, mujeres, niñas y niños.

## **Artículo 2. Principios rectores**

El artículo 2 recoge los principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos. Estos principios responden tanto a los compromisos internacionales asumidos por España en tratados y convenios internacionales para la protección y garantía de los derechos humanos, como a los derechos fundamentales recogidos en la propia Constitución española y al resto de nuestro ordenamiento jurídico.

Su punto 3 –*“enfoque de género”*– establece: *“Las Administraciones Públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la presente ley*



*orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.*

Se considera conveniente modificar la redacción para clarificarla en el sentido de indicar que las Administraciones Públicas incluirán en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica el referido enfoque de género. De este modo, no solo se conseguiría una mejor comprensión del precepto, sino la configuración del “enfoque de género” no como alcanzar una meta o compilar un conjunto acabado de conocimientos, sino como instaurar un método, señalar un camino, un cierto modo de reflexionar.

De forma positiva se valora la referencia a que todas las acciones y las medidas contempladas en la ley sean concebidas desde la accesibilidad universal (punto 6), para que sean comprensibles y practicables por todas las víctimas, de modo que los derechos que recogen se hagan efectivos para víctimas con discapacidad, con limitaciones idiomáticas o diferencias culturales, para mujeres mayores y para niñas y niños. Esta mención expresa recoge lo ya establecido en la Ley 4/2015, *del Estatuto jurídico de la víctima del delito*.

De radical importancia y trascendencia resulta el punto 7, al indicar que *“todas las políticas que se adopten en ejecución de la presente ley orgánica pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas las medidas, dirigiéndose en particular a evitar la revictimización y la victimización secundaria”*.

Finalmente, resulta fundamental para la consecución de los fines propuestos, la cooperación efectiva entre todas las Administraciones Públicas, instituciones y organizaciones implicadas en la lucha contra las violencias sexuales, como señala el punto 9.



### Artículo 3. **Ámbito de aplicación**

Se valora positivamente la inclusión en el apartado 1 de una definición de violencia sexual, si bien, se recomienda una nueva redacción.

El apartado 1 contiene dos definiciones de violencia sexual. En el primer párrafo se define violencia sexual en términos acordes con el Convenio de Estambul, y en el párrafo segundo del mismo apartado se indica que se considerarán violencias sexuales un número determinado de delitos, que no siempre coinciden con la denominación correcta de los mismos en el Código Penal, si bien se encontrarían incluso en la definición del párrafo primero.

Por lo que respecta al párrafo primero, carece de sentido la referencia al Código Penal puesto que el mismo no trata de “violencias sexuales”, siendo otra la nomenclatura que utiliza. Se valora positivamente la mención expresa al ámbito digital en tanto en cuanto muchas de las conductas referidas se producen hoy en día a través de las TICs. En cuanto al feminicidio sexual, resulta oportuno corregir la referencia al apartado siguiente por párrafo siguiente (si se continuara manteniendo éste).

Por lo que respecta al párrafo segundo, resulta confusa la mención a la “*especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital*”, en un párrafo dedicado a la concreción de las violencias sexuales contenidas en el Código Penal, puesto que como se indicaba anteriormente no se propone modificación alguna en este sentido del Código Penal ni de la LECrim, como ya se ha puesto de manifiesto recordando el Informe del Consejo Fiscal de fecha 25 de marzo de 2019 relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.



Por otro lado, se valora positivamente que se incluyan conductas realizadas en el extranjero siempre que las víctimas sean de nacionalidad española, en los términos del artículo 50 del Anteproyecto.

#### 4.- TÍTULO I. INVESTIGACIÓN Y PRODUCCIÓN DE DATOS

El Título I contiene los artículos 4, 5 y 6 dedicados a la investigación en esta materia y a la producción de datos.

Por lo que respecta al artículo 4.1, su redacción es similar a la realizada en el artículo 2 punto 3, por lo que se reitera lo expuesto al analizar aquel precepto.

La previsión contenida en el artículo 4.2, *“la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, realizará y mantendrá actualizado un mapa de recursos de atención a las víctimas de violencias sexuales”*, resulta positiva, efectiva y necesaria para facilitar la ayuda a las víctimas.

El artículo 5 atribuye a la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, la condición de órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual. En la letra d) del precepto se indica que *“elaborará recomendaciones y propuestas de acción destinadas a la erradicación de las violencias sexuales”*. Se considera que la norma debería indicar los destinatarios de dichas recomendaciones.



## **5. TÍTULO II. PREVENCIÓN Y DETECCIÓN**

### **CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización**

El Capítulo I comprende los artículos del 7 al 16. Nada se objeta a las medidas propuestas de prevención y sensibilización en el ámbito educativo (artículo 7), en los ámbitos sanitarios y sociosanitarios (artículo 8), en el ámbito publicitario (artículo 11), en el ámbito laboral (artículo 12), en la Administración Pública (artículo 13), en el ámbito castrense (artículo 14) y en instituciones residenciales y lugares de privación de libertad (artículo 15).

Se valora positivamente la expresa mención a las medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación (artículo 10).

En aras de la adaptación terminológica a la ley 34/2002, de 1 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y de conformidad con su artículo 2, debe utilizarse el término “prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España” en lugar de empresas y prestadores de servicios del sector de las tecnologías de la información (artículo 10.1.a). Por su parte, el artículo 10.1 del texto normativo debería contener el respeto de las Administraciones Públicas no solo a la libertad de expresión y a su independencia sino también a la libre prestación de servicios.

### **CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales**

Nada se objeta al respecto.

## **6. TÍTULO III. FORMACIÓN**

El Título III comprende los artículos del 22 al 31.



Nada se objeta respecto de la garantía de especialización profesional a través de la formación (artículo 22), formación en el ámbito docente y educativo (artículo 23), formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales (artículo 24), formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 25), formación en el ámbito de la abogacía (artículo 27), formación en el ámbito forense (artículo 28), formación en el ámbito penitenciario (artículo 29), formación del personal exterior (artículo 30), medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos universitarios (artículo 31).

Respecto del artículo 26 (formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia), cabe señalar que la previsión en él contenida ya se encuentra vigente. El temario de acceso incluye temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género y a la protección integral contra todas las violencias sexuales y tanto en formación inicial como continua se incluyen temas dedicados a la perspectiva de género.

Por ello, el Consejo Fiscal considera innecesaria dicha previsión, si bien, para el supuesto de que se mantenga el precepto y para una mejor y más precisa redacción del mismo, se considera procedente eliminar la expresión "*en su caso*" en ambos apartados tras la referencia a la Fiscalía General del Estado.

Asimismo, se considera necesario remarcar la ausencia de un artículo específico dirigido al temario de acceso y a la formación del personal al servicio de la Administración de Justicia, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones se trata de las primeras personas con las que la víctima tendrá contacto al llegar a un órgano judicial o a una Fiscalía.

Por lo que respecta al artículo 29, dedicado a la formación en el ámbito penitenciario, cabe señalar la ausencia de una mención expresa a la necesaria formación del personal de los centros de internamientos de extranjeros.



Se propone la creación de un nuevo artículo 30, referido a la formación del personal de los centros de internamientos de extranjeros, toda vez que no puede entenderse incluidos en el artículo 29 al no ser el centro de internamiento de extranjeros un centro penitenciario.

## **7. TÍTULO IV. DERECHO A LA ASISTENCIA INTEGRAL ESPECIALIZADA Y ACCESIBLE**

### **CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho**

El Capítulo I comprende los artículos 32 a 36.

El Capítulo contiene un catálogo de los derechos que asisten a las víctimas de violencias sexuales. En su gran mayoría son redundantes de lo ya establecido en el Estatuto de la Víctima del Delito, claro ejemplo de ello se observa en el artículo 33 (derecho a la información).

El último párrafo del artículo 33.1 genera confusión en tanto en cuanto se desconoce si al indicar que *“las Administraciones Públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados, tanto de carácter presencial, como telefónico, que lo hagan efectivo”*, se está haciendo referencia a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas o se trata de servicios distintos y, por tanto, duplicados.

Asimismo, existen declaraciones programáticas que dependerán de la efectiva previsión presupuestaria al respecto, a título ejemplificativo, el artículo 34.4 señala que *“se garantizará la disponibilidad de estos servicios a través de la previsión de un número suficiente de centros, con personal suficiente y cualificado, y de un reparto equitativo de los mismos que asegure la accesibilidad a las mujeres de las zonas rurales y alejadas de los núcleos urbanos de gran densidad”*.



La previsión contenida en el artículo 35 –“*las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas*”– resulta reiterativa con lo establecido en el artículo 3.3 del Anteproyecto: “*la presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa*”.

El artículo 36 regula los medios para acreditar la existencia de violencias sexuales en idénticos términos que el artículo 23 de la LO 1/2004. Al respecto, debe ponerse de manifiesto que se continúa haciendo referencia a los “*servicios especializados*” sin indicar qué debe entenderse por tales servicios especializados y sin incluir la posibilidad de acreditación a través de los informes que en su caso pudieran emitir las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Respecto de la acreditación de víctimas menores de edad, se admite la posible acreditación de las mismas “*por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial*”. Se considera que hubiera resultado más preciso exigir la emisión de algún tipo de informe, tanto por parte de la Fiscalía como del órgano judicial o la existencia de un informe médico forense al respecto y no la simple comunicación.

## **CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda**

El capítulo II comprende los artículos 37 a 41.

En términos generales nada se objeta al respecto, sin perjuicio de lo que se dirá en relación con los artículos 40 y 41.



El artículo 40 establece ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales que se encuentren en una precaria situación económica (carecer “de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”). En su apartado 4 se indica que “estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”.

El apartado transcrito puede plantear disfunciones en la práctica si no se aclara el inciso final (“compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”), puesto que el artículo 5.1 Ley 35/1995 es claro al indicar que “La percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia. No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, procederá el eventual abono de toda o parte de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial”.

Es decir, según la Ley 35/1995, las ayudas en ella contempladas resultarían, como regla general, incompatibles con la percepción de la indemnización por daños y perjuicios causados por el delito y establecida en sentencia, pero, conforme al texto del Anteproyecto, estas ayudas serían compatibles con las indemnizaciones por responsabilidad civil *ex delicto* fijadas en sentencia, al resultar todas ellas compatibles con las ayudas económicas establecidas en el artículo 40 del Anteproyecto.



El artículo 41 del Anteproyecto, referido al acceso a la vivienda, establece que *“las Administraciones Públicas promoverán el acceso prioritario de las víctimas de violencias sexuales al parque público de vivienda y a los programas de ayuda de acceso a la vivienda, en los términos que se determinen reglamentariamente”*.

El precepto es similar al artículo 28 LO 1/2004, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que establece que *“las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable”*.

La citada previsión en el contexto de la violencia de género, atendiendo a sus características, resulta justificada y comprensible.

En el ámbito de las violencias sexuales, resultaría necesaria una mayor precisión, sin perjuicio de que reglamentariamente se determinen los términos concretos en que vaya a desarrollarse dicha previsión, puesto que se incluye a toda víctima de violencias sexuales con independencia del delito sufrido y sin vinculación alguna a la situación económica en la que se encuentre la víctima, circunstancia esta última sí tenida en cuenta para las ayudas contempladas en el artículo 40 del Anteproyecto.

## **8.- TÍTULO V. ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD**

El Título V comprende los artículos 42 a 45.

Nada se objeta a la actuación policial especializada recogida en el artículo 42, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto de la Víctima, al



ampliar las competencias de las unidades especializadas en violencia de género.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 42 plantea los problemas que se señalarán a continuación. La norma tiene la siguiente dicción: *“En ese mismo sentido, se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno. Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales”*.

Del tenor literal precitado parece deducirse que se pretende incluir las violencias sexuales en el Sistema Viogen, adaptando la herramienta.

El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema Viogen) fue creado en la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior en 2007, al amparo del artículo 32 LO 1/2004, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Al tratar la valoración del riesgo de violencia, el Ministerio del Interior afirma que *“la valoración del riesgo de violencia es un proceso de reunión de información sobre personas dirigido a la toma de decisiones en materia de seguridad en función del riesgo de que se vuelva a producir un acto violento (Kropp, Hart, Webster y Eaves, 1995). Es decir, es un proceso que debe contemplar como fin último la gestión y la prevención de la conducta violenta (Monahan y Skeem, 2014). No obstante, el proceso de reunión de información para un caso concreto no es común a cualquier tipo de violencia (Kropp, 2008). Así, se entiende que cada caso tiene sus propios factores de riesgo y de protección particulares, y, por tanto, se*



*deben adecuar los procedimientos genéricos de predicción del riesgo de violencia al tipo concreto de violencia que se pretenda predecir (Andrés Pueyo y Redondo, 2007)”.*

El Sistema Viogen, por tanto, está diseñado para la predicción de riesgo de violencia de género. Se desconoce si la pretendida adaptación de la herramienta a la predicción de riesgo de violencias sexuales afectará a la efectividad del sistema o supondrá la necesaria creación de una nueva herramienta destinada a las violencias sexuales exclusivamente, extremo que no se indica en el precepto propuesto.

Siendo necesario el establecimiento y la actualización de los protocolos existentes en la materia entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los órganos judiciales y la Fiscalía, no resulta adecuado establecer de manera genérica y ambigua la obligación de los órganos judiciales de facilitar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *“toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno”*. Resulta preciso que se concrete el tipo de información a la que se alude, si resultaría bastante la comunicación de la resolución judicial adoptando medidas cautelares o si se hace mención a otro tipo de información.

La redacción del último inciso del apartado 2 de este artículo 42 resulta confusa si se atiende a la finalidad de garantizar la protección de datos personales al tiempo que se exige que la información facilitada esté *“relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada”*. Por tanto, para poder valorar la propuesta realizada en este aspecto resulta imprescindible que se concrete el tipo de información a la que se hace referencia.



Para mantener la coherencia tanto con la terminología como con el espíritu del Anteproyecto, el artículo 44.1 debería incluir a niñas y niños junto con la referencia a las mujeres o hablar de víctimas.

## 9. TÍTULO VI. ACCESO Y OBTENCIÓN DE JUSTICIA

### CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

El Capítulo I comprende los artículos 46 y 47.

El artículo 46 amplía las competencias de las unidades de valoración forense integral a *“los casos de violencias sexuales contra las mujeres”*. Como se indicaba anteriormente, debería incluirse a las niñas y niños víctimas de violencias sexuales o sustituir la palabra por *“víctimas”* para mantener la coherencia con el resto del articulado.

Como ya se ha puesto de manifiesto, se valora positivamente el establecimiento y la actualización de los protocolos existentes en la materia.

Conviene recordar lo expuesto en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 al tratar las unidades de valoración forense integral:

*“Pese a que el Pacto de Estado contra la VG asumió el compromiso de constituir las unidades en un plazo de dos años, lo cierto es que dicho objetivo no se ha cumplido. Aunque se han hecho importantes avances, en 2019 no existían en varias ciudades, entre ellas Tarragona o Lleida (donde se han implantado a principios de 2020) o en León (donde sus funciones son asumidas por la OAV).*

*Aun así, es pacífica la opinión de que carecen de personal suficiente para emitir sus informes en el razonable plazo que exige la instrucción procesal. En algunos casos se ha recurrido a la externalización del servicio, si bien la falta*



*de especialización del personal contratado y su fluctuación las ha convertido en instrumentos escasamente operativos. (...)*

*Ha costado un gran esfuerzo concienciar a los operadores jurídicos de la necesidad de disponer de informes de valoración forense integral, sobre todo en los supuestos de violencia habitual. Y aun reconociendo que desde las distintas administraciones competentes se están invirtiendo recursos en dotar a los juzgados de los instrumentos idóneos para ello, hay que insistir en su actual insuficiencia y en la necesidad de dotarlas de personal especializado”.*

Por ello, la previsión contenida en el precepto implicará un necesario refuerzo tanto en el número de unidades existentes como en su personal, extremo que contradice lo expuesto en la Memoria de análisis de impacto normativo (págs. 38 y siguientes), al tratar el impacto presupuestario que supondrán este tipo de medidas.

Por lo que se refiere al inciso final del apartado 2 del precepto, deberá especificarse qué se entiende por daño social que deberá incluirse en el informe de valoración, puesto que en la actualidad el informe de valoración consta de un informe forense, psicológico y social.

En cuanto al apartado 1 del artículo 47, relativo a la disponibilidad del personal médico forense, debe reiterarse lo manifestado anteriormente sobre la necesaria previsión presupuestaria.

La referencia a los artículos 363 y 778.3 LECrim al comienzo del apartado 2 del artículo 47 resulta superflua. El apartado regula la recogida de muestras biológicas de la víctima fuera del procedimiento penal al no condicionarlo “a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal”, por lo que no resultarían de aplicación los artículos citados de la ley rituaría. Se debe garantizar la cadena de custodia de las muestras recogidas y su inclusión en el proceso, caso de que llegara a existir éste, puesto que podría afectar al desarrollo del mismo.



El apartado 3 del artículo 47 contiene una referencia a la especialización del personal de médicos forenses en consonancia con la formación especializada del artículo 28.

## **CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas**

El Capítulo II comprende los artículos 48 a 50.

El artículo 48 resulta redundante e innecesario al reiterar las competencias que tienen asumidas las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y que están recogidas en el artículo 28 del Estatuto de la Víctima del delito, por lo que nada añaden a la protección de las víctimas de violencias sexuales.

En el apartado 2 del artículo 49 se valora positivamente la referencia a la Agencia Española de Protección de Datos para *“garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual”*, si bien debería incluir a las niñas y niños o sustituir la referencia de *“mujeres”* por víctimas.

Finalmente, se valora positivamente la previsión expresa de asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior a las víctimas españolas de violencias sexuales.

## **10. TÍTULO VII. DERECHO A LA REPARACIÓN**

El Título VII comprende los artículos 51 a 56 y configura el derecho de reparación específico de las víctimas de violencias sexuales.

Se entiende merecedora de mayor precisión la redacción del artículo 51, al menos su primer párrafo: *“las víctimas de los delitos relativos a la violencia sexual tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación*



*económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición”.*

En primer lugar, la expresión “*víctimas de los delitos relativos a la violencia sexual*” puede plantear problemas de interpretación y de aplicación práctica. Al hablar de víctimas de los delitos, se desconoce si incluye a las víctimas que no hayan presentado denuncia y respecto de las que no existe un procedimiento penal.

En segundo lugar, la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia plantea confusión al parecer referirse a la indemnización de daños y perjuicios *ex delicto* y/o a la indemnización regulada en el artículo 52.

Este artículo 52 articula una indemnización de los daños y perjuicios padecidos, en la que comprende conceptos propios de la indemnización derivada de la responsabilidad civil *ex delicto*: “*el daño físico y psicológico, incluido el daño moral; la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; el daño a la dignidad y el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva*”. Adviértase que la referencia al daño a la dignidad debería entenderse incluida en el concepto de daño moral.

La dificultad para deslindar ambas indemnizaciones se incrementa a la luz del apartado 3 del precepto: “*la indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente. En cualquier caso, el Estado garantizará la concesión de las ayudas provisionales establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, a las víctimas de los delitos de violencia sexual, siempre que éstas lo soliciten*”. No se alcanza a comprender la razón por la que se establece que la persona civil o



penalmente responsable deba satisfacer la indemnización establecida en el artículo 52 si se trata de una indemnización distinta a la establecida en una sentencia en la que se fije la responsabilidad civil *ex delicto*. Asimismo, se deduce del apartado que las víctimas que no hubieran procedido a denunciar los hechos y, por tanto, que no tengan una sentencia que la contemple no tendrían derecho a la indemnización fijada en el artículo 52.

La referencia a las ayudas provisionales de la Ley 35/1995 no supone un incremento de la protección de estas víctimas a la vista de la modificación legislativa que el Anteproyecto plantea respecto del artículo 10 de la Ley 35/1995.

Se valora positivamente la mención expresa a las prestaciones de orfandad de los hijos e hijas de víctimas que hubieran fallecido.

El artículo 54 establece la obligación de las Administraciones Públicas para la completa recuperación de las víctimas y la garantía de no repetición. Se debería concretar en qué consiste *“la garantía de no repetición”*, puesto que de estas obligaciones se podría derivar una responsabilidad patrimonial de la Administración.

El apartado 2 del artículo 55 resulta perturbador con el sistema diseñado de ayudas económicas a las víctimas. El apartado indica que *“este fondo estará destinado a financiar las ayudas establecidas en el artículo 52.1, así como las medidas de inserción laboral y fomento de la autonomía económica, dirigidas prioritariamente a las víctimas de explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, en coordinación con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales”*. Establecer que el fondo estará destinado a financiar las ayudas establecidas en el artículo 52.1 resulta contradictorio con lo establecido en el propio artículo 52.3, según el cual *“la indemnización será satisfecha por la*



*o las personas civil o penalmente responsables*", por lo que debería aclararse este extremo.

Por lo que respecta al artículo 56, dedicado a la reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho, su apartado 1 establece que: *"en los supuestos en los que la víctima lo solicite, la reparación simbólica incluirá el reconocimiento de la violencia y declaraciones institucionales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas"*. En este punto, se debería aclarar a quién corresponde ese "reconocimiento de la violencia"; en qué consiste. Al mismo tiempo, se debe tener presente que, en caso de que corresponda a las Administraciones Públicas, las mismas deberán ser escrupulosas en su ejercicio y actuar con pleno respeto al derecho a la presunción de inocencia.

## **11. TÍTULO VIII. MEDIDAS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA LEY ORGÁNICA**

El Título VIII comprende los artículos 57 a 62.

Nada se objeta respecto de este Título destinado a diseñar la estructura institucional (artículo 57), la colaboración para una intervención coordinada (artículo 58), la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales (artículo 59), la Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales (artículo 60), en cumplimiento de una de las previsiones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, la recogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas (artículo 61) y la evaluación de la aplicación de la ley (artículo 62).

## **12. DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA. DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA**

Nada se objeta al respecto.



La previsión contenida en la Disposición Transitoria única (*“en los procesos sobre hechos contemplados en la presente ley orgánica que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los juzgados y tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo II del Título VI”*) no supone disfunción alguna en los procesos en tramitación, puesto que las medidas aplicables se encuentran recogidas en el Estatuto de la Víctima del delito.

### **13. DISPOSICIONES FINALES**

#### **13.1. DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.**

La Disposición final primera propone la modificación de los artículos 112, 681.3 y 709 LECrim.

Con carácter previo al análisis de los preceptos cuya modificación se propone en el Anteproyecto, convendría realizar una serie de consideraciones.

En la actualidad existen varios proyectos en distintos trámites de elaboración que pretenden modificar el estatuto de algunas víctimas en el proceso, siendo de especial importancia el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, remitido a las Cortes Generales el 19 de junio de 2020 y que ya fue objeto de informe por el Consejo Fiscal el 25 de marzo de 2019.

El denominador común de ambos proyectos legislativos radica en el establecimiento de distinto régimen jurídico atendiendo al tipo de víctimas, todas ellas víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad.



Resulta necesario, por tanto, armonizar ambos proyectos para evitar solapamientos, disfunciones y hasta contradicciones entre ambas normas.

El Consejo Fiscal propone, en este punto, aprovechar el trámite parlamentario en el que se encuentra el Proyecto de LOPIVI e incluir entre las modificaciones de la LECrim que en él se proponen, su extensión a todas las víctimas en situación de especial vulnerabilidad. Al mismo tiempo, el Consejo Fiscal propone que se incluyan en el Proyecto de LOPIVI o en el presente Anteproyecto las modificaciones de la LECrim informadas favorablemente por el Consejo Fiscal en su informe sobre el Anteproyecto de LORIVI y que decayeron en el Proyecto remitido a las Cortes Generales.

El Consejo Fiscal considera que se deben considerar víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad, en todo caso, las víctimas menores de edad, las que tengan alguna discapacidad, las de violencia de género, las de violencias sexuales y las víctimas de trata de seres humanos.

En el Anteproyecto de LOPIVI, informado favorablemente por el Consejo Fiscal, se pretendía añadir un párrafo segundo al artículo 13 LECrim, cuyo tenor literal era el siguiente: *"En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de pare, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero"*.

Se desconocen las razones por las que en el Proyecto de LOPIVI remitido a las Cortes no figura la modificación del artículo 13 LECrim. El Consejo Fiscal reitera la valoración favorable al mismo y considera que su inclusión estaría en consonancia con lo expuesto en el artículo 3 del Anteproyecto objeto del



presente informe (*“se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital”*).

El Anteproyecto de LOPIVI pretendía la modificación del artículo 416.1 LECrim, desconociéndose las razones por las que no figura en el Proyecto de LOPIVI remitido al Congreso de los Diputados, incluyendo los siguientes párrafos: *“Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesita de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si ésta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.*

*Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar”.*

El Consejo Fiscal informó favorablemente la modificación del artículo 416 LECrim proyectada en su informe de 25 de marzo de 2019, así como otra modificación en términos similares del precepto en su informe al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapaces de fecha 7 de octubre de 2018.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 recuerda:



*“Año tras año las memorias de las distintas fiscalías, y muy especialmente la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer, han venido señalándolos graves espacios de impunidad que en materia de violencia de género provoca la dispensa de deber de declarar recogida en el artículo 416 LECrim, erigiéndose en uno de los motivos más habituales de sobreseimiento y absolución.(...) La dispensa no solo es un elemento perturbador del carácter público de los delitos relativos a la violencia de género, impidiendo que el proceso penal alcance sus efectos tanto punitivos como tuitivos, sino que constituye un elemento de presión sobre víctimas que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad”.*

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género recoge la medida 142 del texto consolidado de *“evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas”.*

Esta argumentación resulta perfectamente extensible a los supuestos de víctimas de violencias sexuales en quienes concurren las relaciones de parentesco expresadas en el artículo 416 LECrim.

En el Anteproyecto de LOPIVI se preveía la modificación del artículo 448.bis LECrim cuyo contenido se traslada al artículo 449.ter en el proyecto de LOPIVI. Aquella modificación planteaba como necesaria la prueba preconstituida de menores de catorce años y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El Consejo Fiscal se mostró favorable a dicha modificación, proponiéndose, en el presente informe, su extensión a todas las víctimas que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad en los términos apuntados anteriormente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito y del propio artículo 2.7 del Anteproyecto objeto de este informe.



Siguiendo con esta argumentación, que pretende que las víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad acudan una sola vez a prestar declaración en sede judicial, el Consejo Fiscal considera que la preconstitución de la prueba y su reproducción en el acto de juicio oral debe ser la regla general y no una excepción, lo que implica la modificación de los artículos 703.bis, 707, 730, 777.3 y 788 LECrim en los términos del Anteproyecto de LOPIVI y que –como ya se ha manifestado– el Consejo Fiscal valoró positivamente. Por tanto, se trata de extender dicha protección en el ámbito procesal a las víctimas de violencias sexuales y a todas aquellas que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad.

Igualmente, podría aprovecharse la modificación de la LECrim planteada para incluir la reforma que ya fue propuesta por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapaces de fecha 17 de octubre de 2018, en relación al artículo 544.quinquies.3 LECrim. El 17 de octubre de 2018 el Consejo Fiscal puso de manifiesto que “supone una disfunción en el procedimiento penal en cuanto permite la subsistencia de medidas civiles una vez concluido el procedimiento penal. Esta regulación fue criticada por el CGPJ en su informe de la Ley 4/2015, en particular, en cuanto a la extensión de las medias cautelares adoptadas por el Juez de Instrucción: si bien estas medidas cautelares personales se valoran como adecuadas para una mejor protección del menor o del discapacitado, la previsión de su mantenimiento una vez concluido el procedimiento, en atención al interés del menor o de la persona con discapacidad debería ser precisa, delimitando su duración al tiempo imprescindible para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación a fin de que inste en la jurisdicción civil las medidas de protección que estime adecuadas”.

Se procede a analizar las modificaciones propuestas siguiendo el orden expositivo de los artículos:



## Artículo 112 LECrim

El Consejo Fiscal propone la inclusión de un párrafo segundo a la redacción vigente. El párrafo añadido supondría la regulación de la revocación de la renuncia al ejercicio de la acción civil por parte de la víctima, *“si los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito”*. La revocación de la renuncia al ejercicio de la acción civil requerirá *“resolución judicial, a solicitud de la víctima y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito”*.

Esta previsión resultaría de aplicación a las víctimas de cualquier delito, no solo a las víctimas de violencias sexuales.

Se observan imprecisiones terminológicas en la redacción propuesta, como la referencia a los *“efectos del delito”*, entendiéndose que la referencia resultaría a las secuelas del mismo. Asimismo, la expresión *“si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito”*, resulta genérica, confusa y ambigua, lo que se traducirá en la práctica en problemas interpretativos y de aplicación de la norma, máxime si se tiene en cuenta que la expresión contiene una hipótesis, no una certeza en cuanto a los motivos que determinaron la renuncia. Asimismo, la referencia a *“la persona autora del delito”* supone una restricción de los posibles responsables del mismo por otros títulos de imputación, desconociéndose las razones para dicha restricción.

Por otro lado, el precepto propuesto no indica el tipo de resolución judicial que se precisará para ello.



En cuanto al contenido en sí de la reforma propuesta, convendría realizar una serie de matizaciones que permiten concluir la innecesariedad de la misma.

La acción civil derivada del delito es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Sustancialmente, porque –como es sabido– no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado, bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

Así pues, la renuncia de la víctima extingue la acción civil derivada del delito, como recoge, entre otras, la STS 707/2003, de 12 de mayo. La jurisprudencia exige que la renuncia sea personal, clara, terminante, expresa, inequívoca e incondicionada.

Volviendo a la redacción propuesta, respecto de la revocabilidad de la renuncia realizada *“si los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia”*, este extremo se encuentra resuelto por la propia lógica en la configuración del concepto de renuncia, como ha entendido la jurisprudencia. Así, cabría traer a colación, la STS 1237/2007, Sala 1ª, de 23 de noviembre que en su FJ 2º, al tratar la cuestión de la revocabilidad de la renuncia de la acción civil realizada por el perjudicado al haber recibido satisfacción extraprocesal de su reclamación por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico y tiempo después reclamar por las secuelas ocasionadas y que aparecieron al cabo del tiempo, señala: *“La renuncia se llevó a cabo por el perjudicado; no es una transacción, como contrato por el que las partes solucionan una controversia jurídica mediante recíprocas concesiones (artículo 1809 Código Civil) sino una renuncia, como negocio jurídico unilateral (pese a que el renunciante reciba algo a cambio) por el que el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo. Aquel perjudicado pudo renunciar a su derecho a percibir indemnización por los daños que había*



*sufrido, pero no pudo hacerlo por los daños que todavía no habían aparecido. No había entrado en su disponibilidad lo que todavía no existía, el daño no aparecido. La renuncia, como dejación del derecho subjetivo, no alcanzó ni podía alcanzar, el derecho subjetivo a percibir indemnización por los daños futuros, que no se podían conocer. (...). No hay error en la renuncia: renunció a lo que tenía derecho (derecho subjetivo) que eran los daños presentes, ni faltó consentimiento alguno”.*

Por lo que respecta al segundo de los supuestos planteados, esto es, la revocabilidad de la renuncia realizada con la confusa expresión *“si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito”*, cabría señalar que de la misma no se desprende ninguna referencia al posible error, violencia, intimidación o dolo a la hora de prestar el consentimiento a la renuncia, lo que determinaría la nulidad del consentimiento así prestado (artículo 1265 Código Civil). Al tiempo que el artículo 1267 *in fine* Código Civil establece que *“el temor por desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”*.

No se encuentra en la Exposición de Motivos justificación alguna a la propuesta de modificación realizada; su inclusión puede perturbar el sistema establecido para todo tipo de víctimas, es decir, si la norma va a contener una mención expresa del tipo apuntado, en la práctica puede incitar a una interpretación restrictiva que excluya a otro tipo de víctimas.

Por último, señalar que la renuncia al ejercicio de la acción civil derivada del delito se realizará después del correspondiente ofrecimiento de acciones en los términos de los artículos 109 y siguientes LECrim y de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, de 27 de abril.



### Artículo 681.3 LECrim

El artículo 681 LECrim vigente se encuentra redactado conforme a la modificación operada por el apartado 17 de la Disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

La modificación que se propone en el Anteproyecto consiste en la inclusión en el apartado tercero del artículo la referencia a las *“víctimas de los delitos contra la libertad sexual”*.

Antes de comenzar a analizar el precepto convendría señalar la limitación del círculo de potenciales víctimas a las que se dirige la modificación planteada al referirse únicamente a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, es decir, víctimas de alguno de los delitos regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal y no a las víctimas de violencias sexuales en el sentido utilizado y definido en el Anteproyecto. En la Exposición de Motivos no se justifica ni la inclusión de estas víctimas ni dicha limitación a las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

El vigente artículo 681 LECrim regula en su apartado primero la posibilidad de celebración a puerta cerrada de todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio oral, *“cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”*.

En su apartado segundo, el vigente artículo 681 LECrim establece la posibilidad de adoptar medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares (prohibición de la divulgación o publicación de información



relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección; prohibición de la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares). La adopción de ambas medidas resulta obligatoria en el caso de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La posibilidad de celebrar todas o algunas de las sesiones del juicio oral a puerta cerrada en los términos del artículo 681.1 LECrim, entronca con el derecho a un proceso público (artículo 24.2 Constitución Española, así como el artículo 120.1 CE y artículo 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (artículo 20 CE).

El Tribunal Constitucional en su STC 30/1982 ya afirmó el carácter fundamental y esencial de la relación existente entre estos derechos indicando que *"el principio de publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (artículo 120.1 CE) implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información de su misma fuente, y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc, están en imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad puedan afectar a todos y por ello alcanza una especial resonancia en el cuerpo social"*.

Esta publicidad del juicio oral despliega su eficacia tanto respecto al acusado (garantiza el derecho a un proceso público), como respecto a la propia



sociedad (como control en el ejercicio de la jurisdicción). Las consecuencias de tal afirmación exceden el objeto del presente informe.

Con todo, la publicidad del juicio oral no resulta absoluta, admitiéndose la posibilidad de limitarla como señala el artículo 232 LOPJ y el artículo 6 Reglamento 1/2005, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*.

Se ha querido hacer referencia a lo establecido en el artículo 681.1 LECrim para indicar la diferencia entre lo allí regulado (posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada) y la regulación de los apartados segundo y tercero del precepto cuyo fundamento se encuentra en la protección de la intimidad de las víctimas y sus familiares, no circunscribiéndose al juicio oral. Lo establecido en los apartados segundo y tercero del artículo 681 LECrim se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito: "Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección"*.

Asimismo, una previsión similar se encuentra en el articulado del texto del Anteproyecto, concretamente en su artículo 49, si bien en este precepto se hace referencia a las víctimas de violencias sexuales y no solo a las víctimas de delitos contra la libertad sexual como sucede en la propuesta de modificación del artículo 681.3 LECrim.



## Artículo 709 LECrim

El vigente artículo 709 LECrim fue modificado en virtud de lo establecido en la Disposición final primera, apartado 20 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, y resulta de aplicación a toda clase de víctimas.

La modificación planteada en el Anteproyecto no aprovecha para utilizar lenguaje inclusivo en la redacción del precepto.

La reforma supone la inclusión de un nuevo párrafo en el que se indique que *“en todo caso, en los delitos contra la libertad sexual, se entenderán incluidas en las categorías anteriores [preguntas capciosas, sugestivas, impertinentes] las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias”*.

Nuevamente se limita la categoría de víctimas a las víctimas de delitos contra la libertad sexual y no a todas las víctimas de violencias sexuales, sin explicación alguna en la Exposición de Motivos de dicha configuración.

La modificación propuesta pretende, por tanto, que a las víctimas de delitos contra la libertad sexual no se les puedan realizar preguntas relativas a sus antecedentes sexuales ni a su comportamiento y excepcionalmente se podrían realizar tales preguntas cuando el Presidente del Tribunal considere que las mismas son pertinentes y necesarias.

Tal y como ya manifestaba la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2009, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, “el derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (artículo 24.2 CE)



encuentra en los derechos de defensa y contradicción una de sus principales manifestaciones. El artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 enumera los derechos que, como mínimo, tiene todo acusado, y entre ellos en la letra d), el derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas incriminatorias, junto a posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su derecho convenga”.

Dicho lo cual, ese derecho “a interrogar o a hacer interrogar a los testigos” no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a limitaciones; en el artículo analizado se proscriben las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, que afectan a la finalidad misma de la prueba practicada.

En este sentido, la jurisprudencia así lo ha manifestado. A título de ejemplo convendría citar la STS 285/2011, de 20 de abril, que afirma al analizar la denegación de una pregunta a la víctima de un delito contra la libertad sexual, que: *“Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo que la práctica de la prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente, así como lo que sea inútil o pernicioso.*



*El Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba.*

*La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala.*

*Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales de la víctima y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo e derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al artículo 10 CE”.*

El párrafo segundo del vigente artículo 709 LECrim, introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, dice que: *“El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas”.*

Dentro del concepto de “vida privada” se incluirían las preguntas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima, pero resultaría potestativo la adopción de medidas para evitar su formulación. Con la actual regulación, aquellas preguntas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima se consideran, como regla general, capciosas, sugestivas, impertinentes e innecesarias y no se podrán formular y, de formularse, el Presidente del Tribunal no permitirá que



se contesten, correspondiéndole al Juez o al Presidente del Tribunal el ejercicio de estas funciones de control; ahora bien, de ser preguntas pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos deberán poder ser formuladas y contestadas, admitiéndose como excepción y, por lo tanto, precisando la necesaria motivación y razonamiento por parte del juez. En este sentido, se valora positivamente la regulación propuesta.

Por lo que respecta a las preguntas relativas al "comportamiento de la víctima", al margen de que dicha redacción resulta genérica y confusa, no puede obviarse que tales preguntas pueden tener relevancia tanto para la acreditación de posibles secuelas que sufriera la víctima como para la acreditación de los hechos objeto del proceso a través de la prueba de elementos periféricos de corroboración, siempre y cuando concurren los elementos señalados anteriormente para que puedan ser formuladas y contestadas. Por estas razones se considera necesario aclarar en la redacción propuesta que debe tratarse de preguntas relativas al comportamiento de la víctima ajeno al hecho denunciado.

### **13.2. DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*.**

El Anteproyecto analizado propone la modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el sentido de añadir un apartado 4 al artículo 66 e introducir un nuevo artículo 74.bis. No se explica en la Exposición de motivos las razones que llevan a dicha propuesta de modificación.

El proyectado apartado 4 del artículo 66 LOGP se refiere al tratamiento farmacológico coadyuvante del programa de tratamiento, cuya aceptación o rechazo no podrá conllevar consecuencias negativas o positivas para su situación penitenciaria y requerirá, previamente, un diagnóstico específico y el consentimiento informado y pleno del interno. Como se señalaba



anteriormente, va referido a cualquier tipo de interno y se deduce la necesaria intervención de personal médico en su diagnóstico y prescripción.

Por lo que respecta al nuevo artículo 74.bis LOGP, cabría señalar en su apartado 1 la inclusión de dos materias distintas en un mismo párrafo, lo que se traduce en confusión y oscuridad del mismo, que a su vez conllevará problemas interpretativos y de aplicación. Así, en el primer apartado se menciona, por remisión al artículo 74 LOGP, el organismo encargado de la asistencia y seguimiento a los internos y a los liberados condicionales o definitivos en la aplicación de los tratamientos farmacológicos del artículo 66.4 LOGP. El artículo 74 LOGP establece como organismo encargado "*el Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias*".

Continuando con el artículo 74.bis.1 propuesto, se hace mención a la posibilidad de realizar terapias en las que participe la víctima y el interno, sin especificar tipo delictivo de que se trate y sin encontrar explicación a su inclusión en el párrafo, a continuación del establecimiento del organismo encargado de la asistencia y seguimiento en la aplicación de los tratamientos farmacológicos del artículo 66.4.

En cuanto al apartado 2 del artículo 74.bis, en él se establece que "*en los casos en los que subsista un riesgo elevado de reincidencia, pero a la vez, dadas las circunstancias del penado, se considere necesario el disfrute de un permiso de salida de la prisión que favorecerá el proceso de reinserción social, previo consentimiento del penado, podrá administrársele un tratamiento farmacológico que le inhiba sexualmente con carácter transitorio*". La redacción del precepto plantea más sombras que luces. En principio, parece referirse a cualquier tipo de interno, si bien atendiendo al tipo de tratamiento farmacológico parece referirse a internos por delitos contra la libertad sexual.



Sorprende que no se haga mención a la necesidad de un diagnóstico previo o a su inserción en un programa de tratamiento, como sí menciona el artículo 66.4.

Asimismo, no se indica la consecuencia de la negativa del penado a dicho tratamiento respecto del permiso de salida, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.4 propuesto, parece que no podrán derivarse consecuencias negativas o positivas del sometimiento o no a dicho tratamiento.

### **13.3. DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, *reguladora del Derecho a la Educación*.**

Se pretende la modificación del artículo 31.1.m) de la LO 8/1985 para incluir entre los representados en el Consejo Escolar del Estado a personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia sexual, junto con personalidades de reconocido prestigio en la lucha por la erradicación de la violencia de género.

Nada se tiene que objetar al respecto. El Consejo Escolar del Estado, órgano consultivo, aparece definido en el artículo 30 LO 8/1085 como "*el órgano de ámbito nacional para la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento respecto de los proyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno*".

### **13.4. DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.**

Se propone la modificación del artículo 3.a) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*.



Nada se tiene que objetar. La modificación propuesta consiste, básicamente, en la inclusión de una referencia a la Ley Orgánica proyectada; si bien, debe ponerse de manifiesto que el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Infancia y Adolescencia, también plantea la modificación del artículo 3 para incluir la referencia a dicha ley.

### **13.5. DISPOSICIÓN FINAL QUINTA. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

La Disposición Final quinta está integrada por veinticuatro apartados que modifican otros tantos artículos del Código Penal, siendo la modificación más profunda la correspondiente al Título VIII del Libro II como se verá a continuación.

Siguiendo la numeración de la propia Disposición Final quinta se analiza el alcance de la reforma proyectada.

#### **1. Añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 83:**

*“Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4”.*

Las prohibiciones y deberes a que se hace referencia en el párrafo transcrito y que son de imposición obligatoria en los casos de violencia de género como condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta son:

- i) Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus



lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio.

- ii) Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- iii) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

En el vigente artículo 83 Código Penal (en adelante, CP) existe la facultad potestativa de imposición de las condiciones señaladas y de las restantes condiciones recogidas en el apartado primero del precepto a cualquier delito.

La modificación proyectada pretende la imposición obligatoria en los casos de los delitos mencionados en el párrafo propuesto.

En cuanto a la relación de delitos que aparecen en el párrafo, se entiende que la referencia a los delitos contra la libertad se trata de un error involuntario al pretender referirse a los delitos contra la libertad sexual, puesto que lo contrario carecería de sentido al dejar al margen de dicha imposición los delitos contra la libertad sexual.

Por lo que respecta a la mutilación genital femenina, cabría señalar que el artículo 149.2 CP trata de forma genérica la mutilación genital. Sorprende que la reforma no haya tratado la modificación de este artículo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 38 del Convenio de Estambul. La regulación genérica de la mutilación genital diluye la gravedad y la trascendencia de la mutilación genital femenina. La conducta consistente en la mutilación genital masculina tendría protección penal en el apartado primero del artículo 149.1 CP, sancionado con la misma pena.



Incluir todos los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP resulta extraordinariamente genérico y ambiguo, sin aportar mayor protección a la víctima de violencias sexuales; al hacer referencia a cualquier delito con independencia de que nos encontremos ante violencias sexuales, siguiendo la terminología del Anteproyecto, lo que hace quebrar los principios de taxatividad penal y seguridad jurídica. Al tiempo que supone derivar de la concurrencia de esta agravante la imposición de condiciones para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, previsión ajena al sistema de suspensión de la ejecución de la pena existente, en el que únicamente la concurrencia o no de la agravante de reincidencia se configura como requisito para la suspensión. Es por ello, por lo que se interesa la supresión de la mención de la concurrencia de los motivos del artículo 22.4 CP en la comisión del delito.

En cuanto a los delitos contra la libertad sexual, el vigente artículo 192 CP dispone que *“a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”*.

La libertad vigilada aparece configurada como una medida de seguridad no privativa de libertad, según el artículo 96.3.3º CP, lo que implica que su transgresión puede dar lugar a un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP (artículo 106.4 CP).



Por el contrario, el quebrantamiento de alguna de las condiciones impuestas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no supone la comisión del delito de quebrantamiento del artículo 468 CP, sino que determinarán la revocación de la suspensión en los términos del artículo 86 CP.

Finalmente, señalar que el artículo 57 CP establece la posibilidad de imponer, en los supuestos de los delitos enumerados en la propuesta, una o varias de las prohibiciones del artículo 48 CP como pena, estableciéndose en su apartado segundo la obligación de tal imposición si la víctima es una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP.

Así las cosas, con la actual regulación, la imposición de las prohibiciones o deberes citados podría realizarse:

- i) En aplicación del artículo 57 CP. Se trata de una pena facultativa, excepto para los supuestos del artículo 173.2 CP, con una duración de 1 a 10 años, de 1 a 5 años o de un máximo de 6 meses, según se trate de un delito grave, menos grave o leve, respectivamente. Su quebrantamiento puede implicar la comisión de un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP. En la práctica, el principal problema radica en que la duración de la pena quedaría agotada por el abono de la posible medida cautelar impuesta durante la tramitación de la causa.
- ii) A través de la imposición de la medida de libertad vigilada, una vez ejecutada la pena privativa de libertad. Su quebrantamiento puede implicar la comisión de un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP.
- iii) En aplicación del artículo 83 CP. Se trata de una condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad potestativa, salvo para casos de violencia de género. Su duración estaría vinculada al período de suspensión, máximo cinco años (artículo 81 CP). Se podría solapar en el



tiempo con la pena del artículo 57 CP. Su quebrantamiento puede implicar la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, no un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP.

Por ello, el Consejo Fiscal valora positivamente la reforma proyectada, con las consideraciones realizadas, para mantener durante el período de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la prohibición de aproximación y de comunicación, la prohibición de residencia y la obligación de realizar programas formativos.

## **2. Añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 84**

*“La anterior limitación se aplicará asimismo cuando se trate de los delitos de delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2”.*

Se detecta una errata en el texto propuesto al repetir *“de los delitos”*.

La limitación a la que se refiere el párrafo proyectado es la imposición, como condición a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, de la medida de multa regulada en el artículo 84.1.2º CP en aquellos casos en los que se trate de una de las personas del artículo 173.2 CP y *“conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*.

La mención en el párrafo propuesto al *“segundo párrafo del artículo 83.2”* resulta confusa al existir un tipo penal concreto que regula el matrimonio forzado en el artículo 172.bis CP.

La reforma planteada resulta innecesaria puesto que la *“relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*



determinará que el delito cometido se encuadre entre los de violencia de género.

### **3. Añade un apartado 4 al artículo 172.bis CP**

*“En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos, en su caso”.*

Se valora positivamente la reforma propuesta, consecuencia directa de lo establecido en el artículo 32 del Convenio de Estambul.

### **4. Modifica el primer y último párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter**

La modificación del primer párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter CP consiste en la eliminación de la exigencia de que la alteración del desarrollo de su vida cotidiana deba ser grave.

Se valora positivamente esta eliminación ante los problemas generados en su aplicación práctica, tratándose de un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, la Memoria de La Fiscalía General del Estado de 2020 así lo indica:

*“La concurrencia de este requisito va a depender, en buena medida, de la propia capacidad de resiliencia de la víctima ante las presiones de que es objeto, pues no todas las personas reaccionan de igual forma ante este tipo de agresiones, pero también de lo que, en cada caso, haya de entenderse por una efectiva y grave alteración en la actividad habitual del ofendido. (...)*

*En definitiva, esta exigencia implica que para que la víctima pueda obtener protección judicial haya de esperar a que el maltratador haya conseguido su objetivo, que no es otro que condicionar su vida, ser o seguir siendo el dueño*



*de sus actos. Aunque nuestros tribunales reconocen que estamos ante un delito de resultado, es difícil encontrar una sentencia que admita las formas imperfectas de ejecución, por lo que con frecuencia el comportamiento queda impune o se condena por un delito de coacciones leves continuadas. Quizás la solución se encuentre, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en poner más el acento en el bien jurídico de la seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor, que en atender exclusivamente al resultado”.*

Como se ha apuntado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, la reforma podría ser aprovechada para resolver los problemas que en la práctica se producen para incardinar en este artículo algunos comportamientos que son manifestaciones de violencias sexuales. A saber, los supuestos en los que el agresor, suplantando la identidad de la víctima y a veces utilizando también su imagen, coloca un anuncio en una página de contactos sexuales en el que simula que aquella se ofrece a mantener relaciones de esa naturaleza, provocando de este modo llamadas constantes a la persona suplantada –en ocasiones altamente ofensivas o humillantes– por parte de terceros que actúan en respuesta al anuncio publicado. En estos casos el agresor no necesita realizar una pluralidad de actos reiterados y constantes contra la víctima, sino que con una única conducta da lugar a que aquella sea molestada en una pluralidad de ocasiones por requerimientos o intentos de contacto por parte de terceros, de modo tal que llega a producirse la alteración en su vida cotidiana que exige el tipo penal.

Finalmente, nada se objeta en cuanto a la modificación del último párrafo del apartado 1 del artículo 172.ter CP, consistente en conferir nueva redacción a la regulación vigente, manteniendo las penas establecidas y sustituyendo la expresión “situación” por “cualquier otra circunstancia”.



**5. Modifica los apartados 1 y 4 del artículo 173, añadiendo un nuevo primer párrafo al apartado 1 que desplaza a los siguientes, y añadiendo dos nuevos tercer y cuarto párrafos al apartado 4**

El primer problema que plantea la reforma propuesta, relativa al apartado 1 del artículo 173 CP, radica en la propia ubicación del párrafo en el precepto. Se indica que se trata de añadir un nuevo primer párrafo al apartado 1, si bien de una lectura del precepto vigente se observa la dificultad de su ubicación. Si es un nuevo primer párrafo, el artículo debería comenzar por ese primer párrafo, lo que carecería de sentido, atendiendo a la redacción dada: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores...”*.

Si se atiende a la redacción ofrecida, debería ubicarse en tercer lugar y comprender las conductas de trato degradante (párrafo primero) y de acoso laboral (párrafo segundo), dejando como cuarto párrafo el acoso inmobiliario.

Se desconoce la justificación de este precepto al no hacerse mención alguna en la Exposición de Motivos, por lo que difícilmente puede hacerse un análisis ponderado de la reforma propuesta. Si lo que se pretende con esta modificación es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extienda a todos los supuestos recogidos en el artículo 173.1 CP o solo a algunos, el párrafo proyectado debe ser ubicado correctamente en el tipo penal, puesto que de las distintas posibilidades de ubicación que se pueden deducir del texto propuesto, ninguna de ellas contempla la posibilidad de su ubicación al final del apartado lo que permitiría la inclusión de los tipos de acoso inmobiliario.

En cuanto al apartado 4, se pretende la inclusión de dos nuevos párrafos (tercero y cuarto): *“Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual*



*que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.*

*Los delitos del párrafo anterior sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal”.*

La modificación propuesta es consecuencia directa de lo establecido en el artículo 40 del Convenio de Estambul: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales”.* En este sentido, la reforma se valora positivamente.

La inclusión de estas conductas en el apartado 4 del artículo 173 CP, asignándoles la misma pena, supone atribuir el mismo reproche penal, el mismo desvalor de la acción, a estas conductas y a las dirigidas a alguna de las personas del artículo 173.2 CP. Esto supone una quiebra del sistema establecido en el Código Penal al sancionar determinadas conductas que ven incrementado el reproche penal al dirigirse contra alguna de las personas del artículo 173.2 CP.

Asignar tales penas podría suponer, igualmente, la quiebra del principio de proporcionalidad, si se atiende a la sanción asignada a conductas tales como el delito leve de lesiones del artículo 147.2 CP, por ejemplo.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa asignar menor penalidad al tipo penal que se pretende introducir.



Asimismo, por respeto al principio de taxatividad penal, la referencia a "*otros delitos de mayor gravedad*", debería figurar en singular y no en plural.

La exigencia de denuncia para perseguir las conductas que se pretenden introducir no afectaría a la exigencia de denuncia respecto de las ya existentes en el apartado 4 al mantener el párrafo segundo con idéntica redacción. Si bien, el mantenimiento de ambos párrafos resultaría redundante.

## **6. Modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II**

Se propone como nueva rúbrica del Título VIII del Libro II CP "*Delitos contra la libertad sexual*".

La libertad sexual se configura como una manifestación del derecho a la libertad del artículo 17 Constitución española, libertad que se predica de toda persona. La jurisprudencia ha venido señalando que la libertad sexual, como bien jurídico protegido, se nutre de dos aspectos tradicionalmente señalados por la jurisprudencia. Por un lado, una vertiente positiva que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena. Por otro, una vertiente negativa concretada en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual, y especialmente, por repeler agresiones sexuales de terceros (STS de 2 de mayo de 2006).

El derecho a la libertad sexual protegido en el Título VIII del Libro II del Código Penal "*resulta vulnerado, aunque la víctima, por su desarrollo físico y mental, no esté en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, ya que el ámbito de protección se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual*" (STS de 22 de mayo de 1998). Por lo tanto, los menores e incapaces se consideran sujetos pasivos de este delito.



En cuanto a la indemnidad sexual, el Tribunal Supremo (STS 311/2020, de 15 de junio, citando la STS 398/2015, de 17 junio) la define como *“el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual respecto del cual no está en condiciones de consentir y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad”*.

Aunque algunos sectores doctrinales consideran que libertad sexual e indemnidad sexual son bienes jurídicos autónomos y diferenciados, lo cierto es que en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual que no quiere.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la sexualidad y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual y, como tal bien jurídico, constituye el denominador común que abarca todas las conductas recogidas en el Título VIII del Libro II CP, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, por ejemplo, se deba valorar su derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad sexual. El concepto “libertad sexual” comprende, por tanto, el concepto de indemnidad sexual y quedaría conceptualizado, en sintonía con el Anteproyecto, como un derecho humano y un bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual presente o potencial.

El Tribunal Supremo, en STS 331/2019, de 27 de junio, en la que cita la STS 708/2012, de 25 de septiembre, sostiene –al tratar los delitos de abuso sexuales a menores de edad– que *“En los tipos de abuso sexual el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda*



*considerarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual. Sobre ese fundamento común se articulan los distintos supuestos de la acción típica que encierran la común desvaloración de una relación sexual obtenida sin el apoyo de un acto verdaderamente libre por quien solo aparentemente consiente sin ejercer verdaderamente con ello su libertad”.*

La rúbrica propuesta, tomando en consideración la modificación proyectada del Título VIII, resulta más acorde con el nuevo paradigma del que se tratará más adelante, el consentimiento como eje central sobre el que pivotan todas las conductas típicas.

## **7. Modifica el artículo 178**

La modificación propuesta no solo en este artículo, sino en cuanto a los delitos contra la libertad sexual, constituye una consecuencia directa de las obligaciones derivadas del artículo 36 del Convenio de Estambul.

Esta modificación deberá tener su reflejo en la letra k del artículo 23.1 LOPJ, en el artículo 188.5 del Código penal, así como en cualquier otra referencia legislativa a esta rúbrica.

Ya en 2003 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso *MC. contra Bulgaria*) afirmaba que *“En la mayoría de los países europeos influenciados por la tradición continental, la definición de violación contiene referencia al uso de la violencia o amenaza por el perpetrador, el tribunal entiende que es importante destacar que, en la jurisprudencia y la teoría legal, es la falta del consentimiento, no la fuerza la que es considerada el elemento que constituye el delito de violación”.*



En el apartado 1 del proyectado artículo 178 CP se castiga *“con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*.

La pena establecida no altera ni la competencia del órgano encargado de enjuiciamiento, ni el procedimiento a seguir, ni los plazos de prescripción del delito. Desaparece, por tanto, la mención a la violencia o intimidación ejercida y la consiguiente distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales, siendo el consentimiento lo que determina la aparición del tipo penal. Para una mayor claridad del texto y para mantener su espíritu sería conveniente que el artículo 178 contuviese una afirmación simple, suprimiendo la doble negación, de modo y manera que: “Solo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

De los dos modelos de consentimiento existentes en Derecho comparado –el de la negativa expresa y el del consentimiento– la reforma proyectada opta por el segundo.

El modelo de la negativa expresa presupone que la víctima de alguna manera haya expresado su voluntad contraria a la relación o al acto sexual, mientras que la del consentimiento expreso exige, para que la conducta sea lícita, que la víctima haya expresado, también de alguna manera, su voluntad de mantener ese contacto o relación.



Esta línea se ajusta plenamente a las exigencias previstas en el Convenio de Estambul, en concreto en su artículo 36.2.

Esta opción por el consentimiento expreso se encuentra en la línea de lo apuntado por el Tribunal Supremo recientemente; así la STS 145/2020, de 14 de mayo, en el FJ 2º, dice: *“la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin”*.

La dificultad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, aparece a la hora de configurar en el texto legal qué debe entenderse por consentimiento expreso. La reforma opta por una definición en negativo lo que incrementa la dificultad de la misma.

Otra de las grandes innovaciones que supone la reforma es la unificación terminológica, si bien el distinto tratamiento penológico de las conductas reguladas en los artículos siguientes permite establecer una gradación de las mismas atendiendo al mayor o menor desvalor de la conducta.

La unificación terminológica en el concepto “agresiones sexuales” se valora positivamente en la medida que puede contribuir a evitar o reducir la victimización secundaria al eliminar la referencia a los abusos sexuales.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, ésta unificación terminológica contribuye, además de a evitar los riesgos de victimización secundaria, *“a reorientar el régimen de valoración de prueba”*. Ahora bien, en modo alguno esto se traduce en una inversión de la carga de la prueba o en una vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que seguirá



correspondiendo a la acusación acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes e inequívocos que implicasen un consentimiento. Al mismo tiempo la valoración de la prueba seguirá rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 714 LECrim. Como ya se ha manifestado anteriormente, el Consejo Fiscal interesa la eliminación de dicha expresión en la Exposición de Motivos.

En el ámbito penológico, la reforma propuesta supone la eliminación de la posible pena de multa en los delitos regulados entre los artículos 178 a 182 CP, salvo en el artículo 180.3 CP, extremo que afecta a la regulación de los actuales delitos de abusos sexuales, que ven incrementada la pena asignada, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad, sin perjuicio de la atenuación de pena prevista en el apartado 3 que se analizará más adelante.

Por lo que respecta al proyectado apartado 2 su tenor literal es el siguiente:

*“A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.*

A la vista del apartado 1, este apartado 2 podría parecer redundante al establecer todas las modalidades comisivas que se encontrarían incluidas en el apartado 1 ante la ausencia de consentimiento de la víctima, si bien se valora positivamente su inclusión al permitir la aclaración del apartado 1. Sin embargo, este apartado 2 podría resultar perturbador al constituir una muestra de la dificultad de relación entre alguna de estas figuras y el catálogo de agravantes que figuran en el artículo 180 propuesto y del que se tratará después, lo que supondría que el tipo básico terminara siendo un tipo residual respecto de las conductas agravadas, lo que quebraría el principio de proporcionalidad; salvo



que en aquellas se indicase que no podrán ser valoradas si ya lo fueron para la aplicación del tipo básico (principio *non bis in ídem*) o se estableciera algún tipo de gradación, como se observa al tratar la violencia en el artículo 178.2 y la concurrencia de violencia de extrema gravedad en el artículo 180.1.2 propuesto.

A título de ejemplo, piénsese en las relaciones entre tales conductas (abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, por ejemplo) y las circunstancias agravantes de los apartados 3º (vulnerabilidad de la víctima) y 5º (prevalimiento de relación de superioridad) del artículo 180.1 pretendido. En cuanto al prevalimiento de relación de superioridad, por continuar con el ejemplo, el Tribunal Supremo ha indicado –STS 537/2015, de 28 de septiembre, entre otras– que *“la expresión típica que configura el abuso: que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, no debe significar otra cosa que una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo”*. De ello se deduce los problemas de relación entre ambos tipos penales como se ha expuesto, interesándose por ello el establecimiento de un trato similar al de la violencia en los términos apuntados.

El apartado 3 del precepto introduce una posible atemperación a la elevación de las penas pero en relación con el tipo básico del artículo 178 y siempre que *“no concurren las circunstancias del artículo 180”*, al establecer con carácter facultativo, por tanto, aumentando la discrecionalidad del juzgador, *“la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en relación a la menor entidad del hecho”*. Es decir, se admite la posibilidad de imponer unas penas de prisión de seis meses a un año o de multa de dieciocho a veinticuatro meses, pena esta última idéntica a la contemplada en la actualidad para el tipo básico de abusos sexuales del actual artículo 181 CP.



## 8. Modificación del artículo 179

La reforma propuesta indica que *“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años”*.

La pena establecida no altera ni la competencia del órgano encargado de enjuiciamiento, ni el procedimiento a seguir, ni los plazos de prescripción del delito, salvo en relación con el delito del artículo 182.2 CP (afectando al procedimiento a seguir).

El concepto violación, existente en el actual artículo 179, se extiende a los supuestos de los vigentes artículos 181.4 (abusos sexuales con penetración) y 182.2 (abusos sexuales con prevalimiento y penetración).

La pena propuesta (prisión de cuatro a diez años) coincide con la que actualmente se prevé en el artículo 181.4 CP; supone, por tanto, una rebaja penológica establecida en el actual artículo 179 (prisión de seis a doce años) y un incremento de la pena respecto de la recogida en el artículo 182.2 (prisión de dos a seis años).

## 9. Modifica el artículo 180

La reforma propuesta del artículo 180 ofrece un catálogo cerrado de circunstancias agravantes de las conductas previstas en el artículo 178 y 179, asignándoles unas penas de prisión de dos a seis años y de siete a doce años, respectivamente.



Supone, por tanto, la aplicación al vigente tipo de abusos sexuales de los artículos 181 y 182 CP la aplicación de agravantes que hasta la reforma no operaban en estos tipos delictivos, salvo las previstas en el artículo 180.1 CP en los ordinales 3º (*“cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”*) y 4º (*prevalerse de “una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”*).

Esto supone un incremento considerable de las penas correspondientes a estos delitos de abusos sexuales, al resultar de aplicación nuevas agravantes al tiempo que se incrementan las penas, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad.

La circunstancia 1ª viene referida a *“cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”*, agravación que se encuentra en el artículo 180 pero referida en la actualidad a las conductas de los artículos 178 y 179, es decir, a las agresiones sexuales. La extensión de dicha circunstancia agravante a los supuestos de abusos sexuales (según la terminología vigente en el Código Penal) se valora positivamente.

Debe señalarse que en la circunstancia 2ª se añade a los *“actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”*, la circunstancia de que *“la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad”*; dicha formulación supone que deberá ser la jurisprudencia la que acaba integrando el concepto de violencia extrema, si bien permite distinguirla de la violencia exigida en el tipo básico.

Por lo que respecta a la circunstancia 3ª –*“cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia,*



salvo lo dispuesto en el artículo 183”-, circunstancia existente en el actual artículo 180 CP, cabe indicar que la referencia al artículo 183 CP no es correcta, puesto que con la numeración ofrecida por el Anteproyecto la referencia debería realizarse al artículo 181 CP. Como se apuntaba anteriormente, el problema radica en que el tipo básico alude a las conductas realizadas abusando de la vulnerabilidad de la víctima, mientras que la agravación trata de la especial vulnerabilidad de la víctima, extremo que podría plantear problemas respecto del principio de *non bis in ídem* si no se realiza una mejor redacción en el sentido de excluir su aplicación si la circunstancia se tuvo en cuenta para la tipificación del delito del artículo 178 o si no se establece cierta gradación en su aplicación, a modo de una extraordinaria vulnerabilidad. Nuevamente, sería la interpretación jurisprudencial la que tendría que aclarar la relación entre ambos preceptos, lo que podría poner en riesgo la seguridad jurídica.

La circunstancia 4ª –“cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”–resulta novedosa en el catálogo de circunstancias agravantes, si bien el incremento del desvalor de la acción que representa permite considerar la aplicación de las agravantes genéricas del artículo 22.4 o del artículo 23 CP, si el fundamento de su inclusión es el género y, de no serlo, resultaría contradictorio con el espíritu de la norma propuesta al permitir su aplicación en casos de matrimonio entre dos mujeres y excluirla en casos de matrimonio entre dos hombres.

En este punto el Consejo Fiscal propone la supresión de esta circunstancia y que la misma se reconduzca a lo dispuesto en la circunstancia 5ª, o bien que la misma se vea ampliada a todos los supuestos de parentesco de la circunstancia 5ª.



Llama la atención el hecho de que en esta circunstancia 4ª baste el dato objetivo indicado y en la circunstancia 5ª (prevalerse “*de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*”) se requiera prevalerse de la situación de superioridad o parentesco. No se explica la razón por la que se establece esta diferencia de tratamiento. En cuanto a la inclusión de “*una situación de convivencia*” se valora positivamente el hecho de ampliar la agravante no circunscribiéndola a la relación de parentesco.

La circunstancia 6ª –“*uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código*”– mantiene idéntica redacción que la ya existente, añadiendo la referencia a la regla concursal contenida en el artículo 194.bis CP propuesto.

Se introduce la circunstancia 7ª –“*para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*”–. A efectos penológicos se distingue, por tanto, los supuestos en los que se hayan cometido los hechos “*cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*” (artículo 178) de aquellos en los que el autor de los mismos haya sido el responsable de anular la voluntad de la víctima (artículo 180 CP).

En el proyectado apartado 2 del artículo 180 CP se establece la previsión penológica para los supuestos de concurrencia de dos o más de las circunstancias agravantes expuestas, sancionándose con las penas respectivamente previstas en el apartado 1 “*en su mitad superior, pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado*”. La previsión de poder alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado supone otra de las



novedades del precepto y ante la redacción del apartado debe considerarse de aplicación excepcional para evitar exasperaciones punitivas.

Se traslada el actual contenido del artículo 183.5 CP al apartado 3 para castigar aquellos supuestos en los que el autor “*se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*”, además, con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Como se ha señalado anteriormente, podría fijarse con claridad que aquellas circunstancias que hubieran permitido la tipificación del hecho conforme a los artículos 178 y 179 no podrán ser tenidas en consideración como circunstancias agravantes del artículo 180, conforme al principio *non bis in idem*.

Por lo que respecta a la penalidad asignada a estas conductas, se observa un incremento de las penas asignadas a los actuales supuestos de abusos sexuales (artículos 181 y 182 CP), no así con los supuestos de agresión sexual (artículos 178 y 179 CP), lo que supone una clara afectación del principio de proporcionalidad.

En el siguiente cuadro se muestra las diferencias penológicas entre ambas regulaciones, sin que se tomen en consideración circunstancias agravantes o atenuantes genéricas:

REGULACIÓN ACTUAL	REGULACIÓN PROPUESTA
Artículo 178 CP: prisión 1-5 años	Artículo 178.1: prisión 1 a 4 años Artículo 178.3: prisión 6 meses a 1 año o multa 18 a 24 meses
Artículo 179 CP: prisión 6-12 años (penetración)	Artículo 179: prisión 4-10 años (penetración)



<p>Artículo 180.1 CP: 178: prisión 5-10 años 179: prisión 12-15 años</p> <p>Artículo 180.2 CP: 178: prisión 7 años y 6 meses a 10 años 179: prisión 13 años y 6 meses a 15 años</p> <p>Artículo 181.1 y 3: prisión 1-3 años o multa 18-24 meses Artículo 181.4: prisión 4-10 años (penetración) Artículo 181.5: prisión 2-3 años o multa 21-24 meses / prisión 7-10 años (circunstancia 3ª o 4ª) Artículo 182.1: prisión 1-3 años Artículo 182.2: prisión 2-6 años (penetración), pudiendo llegar a prisión 4-6 años (circunstancias 3ª ó 4ª)</p>	<p>Artículo 180.1: 178.1: prisión 2-6 años 179: prisión 7-12 años</p> <p>Artículo 180.2: 178: prisión 4-6 años, pudiendo llegar a prisión 6 años a 7 años y 6 meses. 179: prisión 9 años 6 meses-12 años, pudiendo llegar a prisión 12- 18 años</p>
---	---

Como puede observarse en el cuadro, en el supuesto de una agresión sexual con penetración con la concurrencia de una circunstancia agravante del artículo 180 CP, según la regulación vigente, cabría la imposición de una pena de doce a quince años de prisión, mientras que con la regulación propuesta la pena de prisión oscilaría entre siete y doce años. Piénsese en una agresión sexual con



penetración empleando violencia y con la actuación conjunta de dos o más personas; con la regulación vigente la pena sería de prisión de doce a quince años, mientras que con la reforma propuesta resultaría una pena, por los mismos hechos, de siete a doce años de prisión.

De concurrir dos o más circunstancias agravantes en el ejemplo planteado (agresión sexual con penetración empleando violencia, con la actuación conjunta de dos o más personas y prevaliéndose de una relación de convivencia), conforme a la regulación actual cabría una pena de prisión de trece años y seis meses a quince años, mientras que con la regulación propuesta cabría una pena de prisión de nueve años y seis meses a doce años, pudiendo llegar, excepcionalmente, a prisión de doce años a dieciocho años. La excepcionalidad en cuanto a la aplicación de la pena en su tramo máximo deriva no solo de la propia redacción ("*pudiendo llegar*"), sino del hecho de que en la práctica resulta extremadamente difícil la imposición de penas tan elevadas en su grado máximo.

#### **10. Suprime la rúbrica y el contenido del capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal**

La modificación propuesta resulta coherente con la reforma prevista para todo el Título VIII y supone un considerable incremento de las penas asignadas como ya ha sido señalado.

#### **11. Modifica la numeración y la rúbrica del capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal**

El capítulo para a ser el II y su rúbrica "*De las agresiones sexuales a menores de 16 años*" en consonancia con la reforma propuesta.



## **12. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183, que pasa a ser el artículo 181**

En consonancia con la reforma propuesta de los delitos contra la libertad sexual, se elimina toda referencia a los “abusos sexuales”, denominándose agresiones sexuales.

El apartado 1 es de idéntica redacción al vigente con la referida adaptación terminológica y la consideración de actos de carácter sexual a “*los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor*”, previsión que el vigente artículo 183 CP contenía en su apartado segundo cuando mediara violencia o intimidación.

El apartado 2 se dedica a las agresiones sexuales del artículo 178 CP, castigándolas con una pena de prisión de cinco a diez años, misma previsión penológica que contiene la actual regulación para los supuestos en los que concurra violencia o intimidación.

El incremento de penas respecto de todas las conductas referidas en el artículo 178 CP se ve atemperado con la previsión del párrafo segundo del apartado 2 (“*en estos casos, en atención a la menor gravedad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado*”). En este punto, el Consejo Fiscal se remite a lo ya expuesto al analizar el artículo 178.3.

La nueva redacción ofrecida en el apartado 2, no limitada ya a supuestos en los que concurra violencia o intimidación y la amplitud de conductas que integran el artículo 178, dificulta la distinción entre los tipos previstos en el apartado 1 y el apartado 2.



El apartado 3 castiga las conductas que consistan en *“acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías”*, estableciendo la sanción en función de si se trata del artículo 181.1 (prisión de seis a diez años) o del artículo 181.2 (prisión de diez a quince años). Al respecto cabe señalar que la dificultad de distinción entre las figuras del apartado 1 y el 2 con la redacción propuesta se traslada al apartado 3.

El apartado 4 recoge las circunstancias de agravación de las penas optando, a diferencia del artículo 180, por castigar las conductas con las penas en su mitad superior.

La mayoría de las circunstancias agravantes que se establecen en el apartado 4 coinciden con las establecidas en el artículo 180, por lo que se remite a lo ya manifestado al respecto, si bien se realizará alguna consideración específica.

Se detecta una errata en la ausencia de referencia a la letra c) en el texto propuesto; en ella se contiene la referencia a la situación de especial vulnerabilidad de la víctima con una redacción más precisa en este punto que la actual.

Por lo que respecta a la letra d) *–“cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”–*, no se comprende su inclusión en el apartado, salvo lo relativo a la relación análoga a la afectividad y por aplicación de la regla contenida en el artículo 183.bis; no así la referencia a la esposa, puesto que los menores de dieciséis años no pueden contraer matrimonio (artículo 46 y artículo 317 CC). Por ello, el Consejo Fiscal propone su eliminación del precepto.



La letra f) –*“uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150”*– resulta más restrictiva que la actual circunstancia del artículo 183.4.e) CP (*“cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima”*), sin que se justifique dicho cambio en el Anteproyecto.

Para una mejor comprensión del precepto se considera que el último párrafo referido a todo el artículo debería constituir el apartado 5 del mismo. El mencionado párrafo contiene la sanción de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando *“el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”*, idéntico contenido del vigente artículo 183.5 CP.

### **13. Modifica la numeración y contenido del artículo 183.bis, que pasa a ser el artículo 182**

El contenido del precepto propuesto es similar al existente con la diferencia de que en la reforma propuesta se ha eliminado la expresión *“determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual”*, ante la amplitud de la redacción del artículo 181.1 y .2 CP, quedando comprendido en él.

La conducta del artículo 182 –*“hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual”*– no hace alusión alguna a la modalidad comisiva del tipo, esto es, si se trata de una “hacer presenciar” físico o virtual. Además, implica una dificultad práctica de delimitación respecto de las conductas de exhibicionismo de los artículos 185 y 186 CP, referido estos a menores de edad y no a menores de dieciséis años; dificultad que deberá ser resuelta por la interpretación que de la misma realicen los tribunales. Por ello, resultaría más lógico refundir estas conductas del artículo 182 en los delitos de exhibicionismo



que comprenderían a todos los menores de edad y no solo a los menores de dieciséis años.

El Consejo Fiscal propone que el precepto sea aclarado en los términos indicados o eliminado y reconducido a las conductas reguladas en los artículos 185 y 186 CP.

Asimismo, la redacción del apartado 2 se adapta a la terminología del Anteproyecto al eliminar la referencia a “abusos sexuales”. Sin embargo, se opta por la fórmula “*delito de carácter sexual*” y no por delito contra la libertad sexual, más acorde con la reforma.

**14. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183.ter, que pasa a ser el artículo 183**

La modificación del contenido del precepto consiste en adaptar el mismo a la nueva numeración de los artículos 181 y 189, manteniendo idéntica redacción que el artículo 183.ter vigente.

**15. Modifica la numeración y el contenido del artículo 183.quater, que pasa a ser el artículo 183.bis**

Se refiere a la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal en los supuestos de *consentimiento del menor de dieciséis años*, “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”, por los delitos previstos en los artículos 181.1 y 182.1.

Aparentemente, se trata de la misma cláusula de exclusión de la responsabilidad penal que la vigente, si bien la redacción propuesta limita su aplicación a los supuestos de los artículos 181.1 y 182.1, desconociéndose las razones de ello, lo que significa que quedan al margen los supuestos de



penetración, que según la norma vigente se encontrarían amparados con dicha cláusula.

Por ello, se interesa el mantenimiento de la redacción vigente que garantiza la efectividad de establecer la edad de prestar consentimiento sexual en dieciséis años.

#### **16. Modifica el artículo 184**

El contenido del precepto se mantiene prácticamente igual al vigente, con la salvedad de introducir en el apartado 1 las relaciones análogas a las de prestación de servicios e incrementar considerablemente las penas establecidas, a las que se añade la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de un año a quince meses.

Expresar la pena en su límite mínimo en años y en su límite máximo en meses resulta asistemático. Si se pretende expresar la pena en meses, debería decirse de doce a quince meses y, en caso de expresarse en años, de un año a un año y tres meses.

En su apartado 3, la fórmula "*cualquier otra circunstancia*" resulta en exceso abierta y puede plantear problemas de interpretación en la práctica. Si bien se mejora la redacción vigente relativa a la vulnerabilidad de la víctima, "*cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia*", al atribuir la vulnerabilidad a determinadas circunstancias de la víctima y no a la víctima *per se* ("*cuando la víctima sea especialmente vulnerable*"). Este cambio de paradigma supone poner el acento en el necesario compromiso de las Administraciones Públicas para eliminar o, cuando menos reducir, el mayor número de circunstancias, de obstáculos que impliquen una situación de especial vulnerabilidad. La víctima no "es" especialmente vulnerable por tener



una discapacidad, la víctima se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad por tener una discapacidad o por sus circunstancias personales, pero la actuación de los poderes públicos reduciendo o eliminando los obstáculos existentes pueden contribuir a la reducción de esa vulnerabilidad.

La concurrencia del supuesto del apartado 3 conlleva, según la reforma propuesta, la aplicación de la pena correspondiente de los dos primeros apartados en su mitad superior, lo que rompe con la sistemática del precepto vigente que asigna una pena concreta en función del supuesto de que se trate o del propio artículo 181.4 de la reforma.

#### **17. Modifica el artículo 187**

Por lo que respecta al apartado 1 se mantiene la redacción vigente incrementándose la pena de prisión asignada, no así la de multa, sin que se justifique tal diferenciación de tratamiento. La elevación de la pena de prisión comporta una modificación de la competencia para el enjuiciamiento del delito, sin alterar el tipo de procedimiento ni el plazo de prescripción del delito.

El apartado 2 mantiene la sanción a *“quien se lucre explotando la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma”*, si bien se elimina la mención a las circunstancias que determinan, en todo caso, que se está ante una situación de explotación y se sustituye por la fórmula *“en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”*. La tipificación del proxenetismo en estos términos supone cambiar la perspectiva de la situación personal de quien ejerce la prostitución, ya no circunscrita a las circunstancias del actual art. 187 CP (*“que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica o que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”*), entendiendo que el desvalor de la acción está en el aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación. La existencia de esa relación de dependencia o subordinación presupone la



preordenación de la mujer para el ejercicio de la prostitución como si de medios de producción se tratara, con el consiguiente menoscabo de la dignidad. En definitiva, el tipo penal viene a centrarse en el proxeneta y no en las condiciones de la persona prostituida

En este caso se considera más adecuada y clarificadora la siguiente redacción para el apartado 2: "Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis a dieciocho meses a quien se lucre u obtenga cualquier tipo de ventaja o beneficio a costa de la prostitución de otra persona aun con el consentimiento de la misma." Así como que se proceda a eliminar el siguiente párrafo: *"en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación"*.

Y se establezca en el número 3 la siguiente redacción:

"Para el caso de que exista explotación que consista en un aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación ejercida, a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso, se impondrá la pena en su mitad superior."

Para el caso de no ser atendida esta modificación, deberá incluirse en la exposición de motivo que el delito de prostitución no coactiva (en el que hay lucro por parte del sujeto activo del delito y consentimiento por parte de la víctima) nunca queda subordinada a que exista explotación. Y que la explotación determina la imposición de la pena en su mitad superior.

En cuanto a las penas asignadas, la reforma, a diferencia de lo previsto en el apartado 1, mantiene la pena de prisión (de dos a cuatro años) y reduce la pena de multa asignada (de seis a dieciocho meses), lo que quiebra la sistemática del precepto; se desconocen las razones de ello.

Se debería mejorar la redacción del último párrafo del apartado 2 en el sentido de indicar que será la explotación y no la prostitución que se ejerza a partir de



un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso la que determine la imposición de la pena en su mitad superior.

El apartado 3 (se convertirá en apartado 4) contiene el catálogo de circunstancias que agravan la conducta con idéntico contenido que el vigente artículo 187.2 CP, anudando la misma pena (mitad superior). En el supuesto recogido en la letra b) (pertenecer a una organización o grupo criminal) se añade mayor sanción (pena superior en grado) para los jefes, administradores o encargados, coherente con el mayor desvalor de su conducta.

La letra c) se mantiene inalterada, resultando la misma del vigente artículo 183.4.e) que, en este caso, sí ha resultado modificada en el propuesto artículo 181, desconociéndose las razones para ello.

Debería añadirse una letra d) para el caso de que se tratase de una mujer en estado de gestación.

El apartado 4 (se convertirá en apartado 5) mantiene la regla concursal vigente. En la redacción propuesta se observa la referencia a los "abusos sexuales" cometidos sobre la persona prostituida lo que, atendiendo a la nueva terminología propuesta, resulta incongruente, debiendo hacerse mención únicamente a las agresiones sexuales, comprensivas en la reforma de ambas conductas.

Señalado lo anterior, resulta llamativo que no se haya aprovechado la modificación planteada para reformar en profundidad estos tipos penales.

Convendría traer a colación lo dispuesto en el Preámbulo del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949, firmado en Nueva York el 21 de marzo de 1950 y al que se adhirió España el 25 de septiembre de 1962: "la prostitución y el mal que la acompaña; la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana".



El artículo 1 del Convenio de Nueva York mencionado establece que: “las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

El artículo 2 del citado Convenio señala que: “Las partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena”.

El artículo 3 del Convenio establece que: “En la medida en que lo permitan las leyes nacionales serán también castigadas toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión”.

El propio Parlamento Europeo ha tenido ocasión de manifestarse al respecto, en concreto en su Resolución de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. En dicha Resolución, el Parlamento Europeo afirma que “la prostitución y la prostitución forzada representan formas de esclavitud incompatibles con la dignidad de la persona y con sus derechos fundamentales”. Al mismo tiempo, indica que “la prostitución funciona como un negocio y crea un mercado, en el que distintos actores están interconectados y los proxenetas realizan cálculos y actúan para afianzar o aumentar sus mercados y maximizar los beneficios, y que los compradores de sexo desempeñan un papel fundamental, puesto que mantienen la demanda de este mercado”.

Siguiendo este argumento, en Francia se promulgó, el 13 de abril de 2016, “la ley para reforzar la lucha contra el sistema prostitucional y a apoyar a las personas prostituidas”. Considerar que la prostitución es una forma de violencia



contra las mujeres, un obstáculo para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres y una violación de la dignidad humana, constituyen los principios fundamentales de esta ley. La premisa sobre la que pivota el articulado de la ley radica en que nadie tiene derecho a explotar la precariedad o la vulnerabilidad de otra persona imponiéndole un acto sexual a cambio de dinero.

Debe recordarse en este punto que la Fiscalía General de Estado, en su Memoria anual de 2019 ya hacía referencia a la necesaria tipificación del proxenetismo como un elemento de lucha contra la trata de seres humanos. Se reproduce el contenido de lo manifestado al respecto por la Fiscalía General del Estado:

“En España desde que se tipificó el delito de trata de seres humanos se han ido desarrollando en buena medida las acciones requeridas por el derecho internacional englobadas en la Acción Mundial contra la Trata en su modalidad de explotación sexual.

Sin embargo, basta observar los datos generales descritos en el apartado anterior para valorar que los resultados obtenidos –aun siendo satisfactorios a nivel comparativo con otros Estados de nuestro entorno – son decepcionantes, sobre todo en relación a la protección y al reconocimiento de los derechos elementales de la mujer.

La razón hay que buscarla en otra serie de circunstancias fácilmente constatables que no tienen que ver propiamente con el tratamiento del delito antecedente (trata de seres humanos) sino con el delito final de explotación (prostitución).

En primer lugar, en el reconocimiento de que el *proxenetismo* (realizar la actividad de prostitución bajo la dirección y dependencia del proxeneta que se enriquece con ello) es una actividad atípica en constante e imparable



expansión. Constituye un negocio boyante (hoy en día el proxenetismo – industria del sexo –, según cálculos policiales, alcanza unos beneficios diarios que superan los cinco millones de euros, aproximadamente 6 millones de dólares USA, la mayor parte en dinero negro).

No se puede en el siglo XXI seguir manteniendo que la prostitución sea una actividad laboral, que se ejerce libremente y que debe ser regulada en defensa de la mujer prostituida. Ello supondría desconocer la importante expansión de la trata con fines de explotación sexual en los países que han legalizado la prostitución (por ejemplo, Países Bajos o Alemania).

Al mismo tiempo, puede ser contrario a los valores de igualdad de género y proscripción de todo tipo de violencia que debieran regir nuestra convivencia. Se olvida que al admitirse el proxenetismo consentido están admitiendo que la mujer pueda autorizar su propia explotación, esto es, que sea reconvertida en mercancía de granjería (sacar utilidad en provecho del proxeneta).

No puede obviarse que la prostitución, bajo el manto del *proxenetismo consentido*, en España afecta fundamentalmente a mujeres extranjeras, sin recursos económicos y extraordinariamente vulnerables. La experiencia acredita que la atipicidad de ese «negocio» constituye un escudo protector del tratante que –salvo excepciones muy significativas – gozará siempre de la presunción de consentimiento de la mujer.

En segundo lugar, debe recordarse que los delitos de trata con fines de explotación sexual se fundamentan en la protección de la *libertad sexual* (bien jurídico protegido). No tiene sentido hablar de libertad sino en relación con personas que se encuentran en igualdad de oportunidades y situación. Una vez más queda acreditado por la experiencia que las mujeres que ejercen la prostitución bajo la dependencia y dirección de un tercero no han tenido las mismas posibilidades de opción que cualquiera del resto de mujeres. Es clara



la vinculación entre el proxenetismo consentido y las manifestaciones de la prostitución de la pobreza, la marginación y la discriminación de la mujer extremadamente vulnerable.

En tercer lugar, ese planteamiento supone que en la persecución de este delito el Ministerio Fiscal se ve obligado a probar un hecho negativo («ausencia de consentimiento»).

Ello se puede lograr fácilmente cuando las víctimas son menores de edad (pues legalmente es irrelevante su consentimiento tanto en el movimiento migratorio como en el ejercicio de la prostitución) o cuando padezcan una discapacidad psíquica que, al menos, supere un 33 % (al tener gravemente disminuida su capacidad de obrar). También se puede lograr cuando, siendo la mujer mayor de edad sin limitación de capacidad de obrar, los medios comisivos utilizados para captarla, trasladarla, recibirla o explotarla son de naturaleza extremadamente violenta o coactiva, constatables objetivamente (lesiones, secuestros, amenazas graves, intimidaciones, lesiones, agresiones, compraventa de la víctima, etc.).

Sin embargo, es una proeza inalcanzable cuando la decisión migratoria o la imposición de la explotación de la víctima traen su causa del abuso de situaciones de poder o de vulnerabilidad. En una sociedad permisiva, incluso favorecedora del proxenetismo, es prácticamente imposible probar el abuso de una situación de vulnerabilidad tal como ha sido configurado por los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo y que se ha incorporado a la Directiva 36/2011/UE: *cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.*

En efecto, los términos utilizados son confusos y anfibológicos difuminando el objeto de la prueba: ¿qué debemos probar?



No es suficiente probar la situación de vulnerabilidad, exige además que se haya privado a la víctima de libertad de opción verdadera y aceptable: ¿según que reglas o criterios de referencia?

Sólo tipificando –tal como exige el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success (Nueva York, el 21 de marzo de 1950) y ratificado por España– todas las manifestaciones del proxenetismo se vislumbrará el inicio del camino que conduzca a acabar con la trata de mujeres para ser esclavizadas en la prostitución.

En este camino un modelo de referencia lo constituye legislación francesa aprobada en el año 2016, en la que no solo se persigue al proxeneta, sino que también se da un tratamiento adecuado a otro de los implicados en este fenómeno, el llamado *cliente* de la prostitución.

En este sentido se comparten decididamente las recomendaciones del Segundo Informe sobre la lucha contra la trata de seres humanos en Europa del año 2018, emitido por la Comisión Europea en la que se anima a los estados miembros a la tipificación penal de los que *conscientemente se aprovechan de los servicios prestados por las víctimas de trata*”.

Por todo ello, se propone una reforma profunda de estos tipos penales relativos a la prostitución en los términos señalados, castigando cualquier conducta, con independencia del fin perseguido (lucrativo o no) que convierta en prostituido o tienda a prostituir a un ser humano. La premisa de la que debería partirse es que el consentimiento de la víctima resulta irrelevante para construir el tipo penal, tal y como se establecía en el Convenio de Nueva York citado.

Esto es, se debería establecer un tipo básico de proxenetismo, comprensivo de conductas favorecedoras o facilitadoras de la prostitución ajena, conductas



inductoras o promovedoras de la prostitución ajena o del mantenimiento en la prostitución y conductas de enriquecimiento de la prostitución ajena.

Junto a este tipo básico de proxenetismo propio, se debería tipificar, siguiendo el modelo francés, un proxenetismo impropio, conductas asimiladas (en el caso francés se incluyen en este concepto conductas tales como la intermediación entre quien ejerce la prostitución y quien la explota o el cliente; la colaboración con el proxeneta justificando recursos ficticios; no poder justificar el nivel de vida siendo pareja o manteniendo una relación habitual con la persona prostituida; dificultar la acción de prevención, control, asistencia o reeducación que realicen los organismos cualificados en relación con las personas en peligro de prostitución o que ejerzan la prostitución).

Asimismo, partiendo de la configuración del tipo básico se deberían contemplar subtipos agravados que atiendan tanto a las características de las víctimas como a los medios comisivos utilizados y a las formas y circunstancias de comisión del delito, que incrementen el atentado al bien jurídico protegido.

Se debería contemplar, igualmente, la existencia de un tipo privilegiado para aquellos casos de arrepentimiento activo, similar al existente en delitos contra la salud pública o en delitos de terrorismo.

En paralelo debería sancionarse la conducta del cliente, como propone el modelo francés, distinguiendo una modalidad básica y una agravada.

Finalmente, como modalidad de favorecimiento de la prostitución, debería tipificarse el denominado proxenetismo locativo, del que se tratará en el siguiente apartado.

Por último, cabría señalar que resultaría necesaria una ley integral contra la trata que abarcase no solo el ámbito punitivo sino también de protección de las



víctimas, tal y como establece el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en la medida nº 257 del texto integrado (medida 189 del Congreso de los Diputados; medidas nº 157, 159 y 161 del Senado).

**18.- Introduce un nuevo artículo 187.bis:**

La introducción del nuevo artículo 187.bis tiene por objeto castigar a quien, *“con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento”*.

Regula, por tanto, el precepto propuesto una modalidad de favorecimiento de la explotación de la prostitución de otro, el proxenetismo locativo, al que se asigna una pena de prisión de uno a tres años de prisión y multa de seis a dieciocho meses. Resulta llamativo que se anude idéntica pena de multa que la contemplada en el artículo 187.2 CP.

La redacción propuesta plantea problemas de interpretación y de aplicación práctica, desde la exigencia de ánimo de lucro, el catálogo cerrado de lugares, hasta la determinación del concepto de habitualidad.

En relación al artículo 187 bis se propone la siguiente redacción: “El que, con ánimo de lucro u obteniendo cualquier tipo de ventaja o beneficio destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, así como cualquier otro tipo de espacio aunque fuera desmontable o portátil o vehículo para favorecer la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194 de este Código.” (En este caso se incluye cualquier forma de ventaja o beneficio, se elimina la habitualidad y se incluye la utilización de cualquier forma de espacio e incluso la utilización de vehículos (como es el caso de las tan utilizadas autocaravanas) “La pena se impondrá en su mitad superior cuando la



prostitución favorecida se ejerza en esos lugares, partir de un acto de violencia, intimidación, engaño.” (se incluye favorecida en esos lugares).

#### **19. Modifica el artículo 189.bis**

Se mantiene el contenido del vigente artículo 189.bis CP relativo a las sanciones impuestas a las personas jurídicas que de conformidad con el artículo 31.bis CP resulten penalmente responsables. A dicha previsión se añade, con carácter imperativo, la disolución de la persona jurídica responsable, sanción que en la redacción actual es potestativa. Se mantienen como potestativas las restantes sanciones a las que hace referencia el artículo 189.bis CP.

Debe advertirse que en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia se plantea la modificación del mismo precepto, si bien se propone que el contenido del vigente artículo 189.bis CP pase a configurar el proyectado artículo 189.ter, sin variar su contenido y atribuyendo un nuevo y distinto contenido al artículo 189.bis relativo a la comisión de los delitos previstos en el Capítulo V y en los Capítulos II bis y IV del Título VIII del Libro II CP.

En este sentido, el Consejo Fiscal considera procedente mantener la redacción vigente del artículo 189.bis CP y mantener como potestativa la disolución de la persona jurídica.

#### **20. Modifica la ubicación y contenido del artículo 190**

El precepto dedicado a la reincidencia internacional mantiene su redacción y amplía su aplicación a todos los delitos del Título VIII, ampliación que se valora positivamente, máxime si se piensa en conductas desarrolladas en otros países europeos.



## 21. Modifica el apartado 1 del artículo 191

Se mantiene el mismo contenido del precepto, consistiendo la modificación propuesta en la adaptación del mismo a la nueva terminología utilizada en el Título VIII, lo que se valora favorablemente.

## 22. Modifica el artículo 194 CP

Cuando en la realización de los actos se utilizasen establecimientos o locales, abiertos o no al público, la reforma propuesta consiste en establecer "*su clausura definitiva*" con carácter imperativo en los supuestos tipificados en los capítulos IV (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual) y V (De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), clausura que deberá ser decretada en sentencia condenatoria, admitiendo la posibilidad de una clausura temporal con carácter cautelar.

La redacción vigente contempla la clausura de establecimientos en los mismos supuestos, pero con carácter potestativo y admitiendo tanto la clausura definitiva como la temporal, con un máximo de cinco años y con la posibilidad de adoptarla con carácter cautelar.

No resulta congruente establecer la clausura definitiva de un establecimiento con carácter imperativo en los supuestos de los capítulos IV y V, eliminando la clausura temporal, pero admitiéndola como medida cautelar, puesto que lo contrario carecería de sentido (clausura definitiva cautelar). Establecer el carácter imperativo sin introducir elementos que acoten su aplicación a supuestos en los que el responsable del hecho tenga vinculación con el establecimiento resulta desproporcionado. La reforma propuesta del artículo 189.bis establece como pena la disolución de la persona jurídica, pero en aquellos supuestos en los que la misma resulta responsable en los términos del artículo 31.bis CP y respecto de los delitos tipificados en el capítulo V.



Piénsese en la comisión de un delito de exhibicionismo del artículo 185 CP cometido en un bar por parte de un cliente del mismo, la aplicación del precepto supondría la clausura del local, lo que evidencia la desproporción del pretendido carácter imperativo.

Por todo ello, el Consejo Fiscal interesa el mantenimiento de la redacción vigente.

### **23. Introduce un nuevo artículo 194.bis**

El precepto contiene una regla concursal: *“si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos”*.

La jurisprudencia viene castigando separadamente los supuestos contemplados en el precepto proyectado, por lo que la reforma propuesta podría parecer innecesaria. Si bien, ante el incremento de la mayoría de las penas contempladas en el Título VIII, una previsión de este tipo permitiría neutralizar intentos de consunción o absorción de algunos tipos penales en los delitos contra la libertad sexual.

El Consejo Fiscal valora favorablemente esta reforma.

### **24. Modifica el apartado 2 del artículo 443**

La modificación consiste en incluir los centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia al enunciado existente, manteniendo las penas asignadas.



Se valora positivamente esta inclusión que permite reducir los espacios de impunidad ante tales conductas, atendiendo a la especial relación que las personas internas en los mismos tienen respecto de los funcionarios públicos en ellos destinados.

**13.6. DISPOSICIÓN FINAL SEXTA. Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.**

Se pretende la modificación de los artículos 1.2; 2.1, 6.2 y .4; 7.1; 9.2.e); 10.1, 3 y 4 y 15.5.

Se observa la utilización de lenguaje inclusivo en muchas de las propuestas de modificación planteadas, pero no en todas, como en el artículo 9.2.e).

**Artículo 1.2**

Sin perjuicio de que se valora positivamente la eliminación de la expresión “*aun sin violencia*” del precepto vigente para mantener coherencia con la reforma propuesta del Código Penal en relación con los delitos contra la libertad sexual, la redacción ofrecida al nuevo artículo resulta redundante y confusa.

La redacción propuesta enumera una serie de conductas típicas que se encontrarían integradas en los conceptos de delito doloso y violento y contra la libertad sexual; así, por ejemplo, “*el homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido sobre la víctima*”.

En la redacción propuesta se incluyen tipos delictivos “sin víctimas”, por ejemplo “*la abstención de actuar de una autoridad o funcionario para evitar un delito contra la libertad sexual, la omisión del deber de impedir un delito contra la libertad sexual*”, conductas previstas en el artículo 450 Código Penal,



ubicado en el Título XX del Libro II del Código Penal relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia. Esta inclusión resulta incongruente con la finalidad de la norma modificada.

Por último, la inclusión de los delitos de terrorismo que consistan en un ataque a la libertad sexual plantea problemas en cuanto a la aplicación a estas víctimas de las medidas contempladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, *de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo*.

### **Artículo 2.1**

La modificación consiste en incluir junto con las víctimas de violencia de género a las *"mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de un delito contra la libertad sexual, en los términos previstos en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual"*.

La única objeción que se realiza a dicha redacción radica en que la referencia a víctimas de delitos contra la libertad sexual, técnicamente, se refiere a las víctimas de delitos contempladas en el Título VIII del Libro II del Código Penal y no a todas las víctimas de violencia sexual en los términos del Anteproyecto o del artículo 1.2 Ley 35/1995 propuesto.

Igualmente, se añade como medio para acreditar la situación de víctima de violencia sexual alguno de los títulos habilitantes del artículo 36 del Anteproyecto.

### **Artículo 6.2 y 4**

Por lo que respecta al apartado 2 propuesto, nada se objeta. La modificación consiste en la utilización de lenguaje inclusivo en las letras a) y b), no en la c),



en la inclusión de las víctimas de un delito contra la libertad sexual, junto con las víctimas de violencia de género, en el incremento de las ayudas.

Únicamente, cuando se indica que *“en los casos de muerte”*, cabe señalar que debería acotarse a los supuestos en los que el fallecimiento sea consecuencia del delito contra la libertad sexual o de un delito de violencia de género.

Por lo que respecta al apartado 4, se amplían los conceptos que deberán ser sufragados por la ayuda y se amplía a las víctimas de violencias de género.

En el vigente artículo 6.4 el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico en la cuantía que se determine reglamentariamente.

En la redacción propuesta se incluyen conceptos propios de una reparación de daños y perjuicios, utilizando conceptos genéricos, como *“daño a la dignidad”*, *“daño social”*, *“pérdida de oportunidades”*, que dificultarán su interpretación.

Los conceptos utilizados son similares a los establecidos en el artículo 52 del Anteproyecto, constituyendo, sin embargo, una ayuda distinta a la contemplada en el artículo 6 Ley 35/1995.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas de delitos dolosos y contra la libertad sexual, indica que *“el sistema público de ayudas que la Ley 35/95 configura no constituye indemnización, porque el Estado no es responsable civil del delito, pero busca la garantía social de un contenido mínimo de resarcimiento conectado con el objeto de la acción civil ex delicto”*. La citada Circular señala asimismo que *“estas ayudas, de conformidad con los principios que sustentan el Convenio del Consejo de Europa suscrito en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, garantizan un mínimo de cobertura económica mediante la actividad subvencional que despliega el Estado para que circunstancias ajenas a la*



*víctima como la situación de insolvencia total o parcial del culpable del delito, su no identificación, o la crisis anticipada del procedimiento penal por archivo o sobreseimiento, no desencadene una situación material de desasistencia difícilmente conciliable con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho”.*

Debe ponerse de manifiesto los problemas que en la práctica se pueden suscitar en cuanto al régimen de compatibilidad de las ayudas reguladas en la Ley 35/1995 con otro tipo de ayudas establecidas en el Anteproyecto, como ya se ha expuesto al analizar los artículos 40 y 52 del Anteproyecto.

De un lado, el vigente artículo 5.1 Ley 35/1995 señala que *“la percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia”.*

De otro lado, el artículo 40.4 del Anteproyecto indica que *“Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial”.*

Así pues, según la Ley 35/1995 las ayudas en ella reguladas serían incompatibles con las indemnizaciones de daños y perjuicios causados por el delito establecidas en sentencia, mientras que, conforme al artículo 40 del Anteproyecto, ambas resultarían compatibles con las ayudas establecidas en el citado precepto sin exclusión entre ellas.



## Artículo 7.1

Se pretende añadir un segundo párrafo al apartado 1, relativo al plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas cuando se trate de víctimas de delitos contra la libertad sexual y víctimas de violencia de género.

Por lo que respecta a las víctimas de violencia de género, el apartado 4 del artículo 7 Ley 35/1995, ya establece un plazo de prescripción de la acción, en estos casos, de tres años.

El vigente artículo 7.1 Ley 35/1995 establece que *“la acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificado personalmente a la víctima”*.

La redacción propuesta para el artículo 7.1 no solo establece el plazo de prescripción de la acción para víctimas de delitos contra la libertad sexual y violencia de género en 3 años, sino que, además, configura un nuevo sistema de cómputo de dicho plazo manifestando, con cierta oscuridad en la redacción, que *“el plazo de prescripción será de tres años y no afectará el transcurso del mismo desde que se produjo el hecho delictivo, comenzando a contarse en todo caso desde que recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 de la presente ley”*.

El sistema de cómputo que se pretende no resulta coherente con el diseño de las ayudas de la Ley 35/1995 al considerar como *dies a quo*, no el momento de la comisión del hecho (con suspensión del plazo desde que se inicie el proceso penal), sino el de finalización del proceso penal. No resulta coherente porque el



acceso a las ayudas de la Ley 35/1995 no resulta vinculado a la existencia de un proceso penal; el artículo 2 Ley 35/1995 (tanto el vigente como la modificación propuesta) establece la posibilidad de acreditar la condición de víctima de violencia de género o violencia sexual por medio del título habilitante regulado en el artículo 23 LO 1/2004 y en el artículo 36 del Anteproyecto, esto es, desvinculado de la existencia de un proceso penal. Ello se traduciría, en la práctica, en la imposibilidad de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas de la Ley 35/1995 en aquellos supuestos en los que la condición de víctima quede acreditada de alguna de las formas establecidas en el artículo 23 LO 1/2004 o en el artículo 36 del Anteproyecto, ajenas a la existencia de un proceso penal.

#### **Artículo 9.2**

La modificación planteada supone la referencia al artículo 383 LECrim (demencia sobrevenida del procesado/acusado) como un supuesto más en los que se puede producir la terminación anormal del proceso. Tal referencia se valora positivamente.

#### **Artículo 10.1, 3 y 4**

Nada se objeta a la modificación planteada del artículo 10, consiste en la inclusión de las víctimas de delitos contra la libertad sexual junto con las víctimas de violencia de género para acceder a las ayudas provisionales reguladas en el citado artículo. Se aprovecha la modificación para actualizar la referencia que se realiza en el apartado 3 al artículo 66.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.



### Artículo 15.5

La modificación proyectada consiste en añadir un segundo párrafo al apartado 5 del artículo 15.

El párrafo que se pretende añadir es el siguiente: *“Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2º o 637.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya dicha resolución judicial, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley”.*

El párrafo transcrito parte de una premisa, la existencia de un proceso penal, dejando, por tanto, al margen de dicho precepto los supuestos en los que la acreditación de víctima de violencias sexuales o de violencias de género se realicen a través de otros títulos habilitantes del artículo 36 del Anteproyecto y del artículo 23 LO 1/2004 que no requieran la existencia de ningún proceso penal, por ejemplo, informes de los servicios sociales o de los servicios especializados.

Siguiendo con el análisis del párrafo transcrito, en él se distinguen aquellos procesos *“abocados a resolución que ponga fin”* al mismo de aquellos procesos ya finalizados, *“que hubiere recaído ya dicha resolución judicial”*, si bien en este último caso no se concreta si se trata de una resolución judicial definitiva o firme.



En ambos casos se trata de establecer idéntica obligación para el Ministerio Fiscal, a saber, *“solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y, en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley”*.

Por lo que respecta a ambos supuestos, la obligación impuesta al Ministerio Fiscal en el seno del procedimiento o una vez finalizado éste se encuentra en consonancia con el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998. Así, en la citada Circular se indica que *“es necesario que, en el curso de la instrucción judicial, y antes de su cierre, se haya asegurado la incorporación de los elementos de prueba relativos a la realidad de los daños físicos y psíquicos sufridos por el agraviado y su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito”*. Por lo que respecta a los supuestos de crisis anticipada del procedimiento, indica la Circular 2/1998 que *“los señores fiscales (...) si detectan que no se han practicado en el curso de las diligencias previas (trasladable a procedimientos ordinarios y del Tribunal del Jurado, igualmente) las actuaciones de comprobación necesarias para averiguar y hacer constar la existencia del daño y el evento productor del mismo –particularmente el dictamen pericial Médico Forense– deberán interponer recurso de reforma contra el auto de archivo o sobreseimiento, instando su práctica y, caso de no ser estimado el recurso, deberán reiterar la solicitud mediante la interposición del recurso de apelación –artículo 789.5 in fine–”*.

Si el actual artículo 23 LO 1/2004 y el artículo 36 del Anteproyecto consideran título habilitante el informe del Ministerio Fiscal indicando que existen indicios de tratarse de una víctima de violencia de género o de violencia sexual, así como el artículo 10 de la Ley 35/1995 exige el informe del Ministerio Fiscal para solicitar las ayudas provisionales, estos informes necesitarán fundarse en el



previo dictamen médico forense para acreditar los daños físicos y psíquicos sufridos y su conexión causal con los hechos denunciados.

**13.7. DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

Se pretende añadir un nuevo artículo 31.ter a la LO4/2000, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 35 del Anteproyecto.

De una mera lectura del artículo 31.ter propuesto se comprueba que su contenido es idéntico al recogido en el artículo 31.bis LO 4/2000 (residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género). Por esta razón, se considera que se hubiera podido modificar el actual artículo 31.bis en el sentido de incluir en su redacción la referencia a las víctimas de violencias sexuales, en lugar de añadir un idéntico y extenso artículo 31.ter.

**13.8. DISPOSICIÓN FINAL OCTAVA. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.**

Se propone la modificación de los artículos 37.1.d); 38.1.d); 66 y 68.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las violencias sexuales junto con la violencia de género.

**13.9. DISPOSICIÓN FINAL NOVENA. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.**

Se pretende la modificación de los artículos 1.5; 15.1.g) y 16.1.f).



Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

**13.10. DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMA. Modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.**

Se plantea la modificación del artículo 7.30, en el sentido de incluir una referencia a “*actos de acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*” y actualizar la terminología utilizada para referirse a los tipos de discriminación.

Nada tiene que objetarse al respecto, salvo que la referencia final –“*cuando no sean constitutivos de delito*”– resulta redundante puesto que el inicio del propio artículo 7 así lo indica: “*Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito.*”.

**13.11. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOPRIMERA. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.**

La Disposición final se estructura en ocho apartados referidos a las modificaciones de los artículos 3.1; 5.1 y m); 7.1 y .3; 10; 23.2.a) y .4; 25.1.b) y d); 26 y 34.

**Artículo 3.1**

La modificación propuesta consiste en incluir entre los derechos de las víctimas del delito el “*derecho a la reparación*”.

En la redacción vigente la única referencia al respecto es a la “*justicia restaurativa*”. En este punto, la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 dice



que "se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio".

La estructura de la Ley 4/2015 responde al desarrollo en su articulado del catálogo de derechos reconocidos a todas las víctimas del delito recogido en el artículo 3. Por lo tanto, la inclusión del derecho de reparación quedaría fuera de ese desarrollo normativo, debiendo configurarse por remisión a otras normas, con la dificultad que ello supone. Así, a modo de ejemplo, al tratarse de los derechos de todas las víctimas de delito no podría configurarse analógicamente como el derecho de reparación que aparece regulado en el Título VII del Anteproyecto, referido a las víctimas de violencias sexuales, debiendo acudirse a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

#### **Artículo 5.1 y m)**

La modificación del apartado primero el artículo 5 consiste en la sustitución de "sin retrasos innecesarios" por "de manera inmediata".

La propuesta de modificación planteada constituye más bien una declaración de intenciones que un elemento normativo de obligado cumplimiento. Primero, porque el concepto "de manera inmediata" puede generar dudas interpretativas en la práctica; y segundo porque, atendiendo al caso concreto, las posibles



vicisitudes pueden suponer retrasos (piénsese en la necesidad de solicitar un intérprete para recibir la información a que se refiere el precepto).

Por lo que respecta a la modificación de la letra m) de este apartado primero, se valora positivamente la mejora técnica en su redacción. Actualmente este apartado se refiere al "derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7". La modificación propuesta consiste en indicar que la víctima tiene "*derecho a ser notificada de las resoluciones a que se refiere el artículo 7*".

Es decir, el derecho que asiste a toda víctima de delito es el de ser notificada de las resoluciones a que se refiere el artículo 7 y no a solicitar dicha notificación, manteniéndose la posibilidad de que la víctima manifieste en cualquier momento su deseo de no ser informada en los términos del artículo 7.2 Ley 4/2015. Por tanto, no hace depender el nacimiento del derecho a la previa petición de la víctima (derecho a pedir que se notifique), sino que es un derecho preexistente (derecho a que se le notifique).

### **Artículo 7.1 y 3**

Se pretende modificar el apartado primero del artículo 7 para adaptarlo a la redacción propuesta para el artículo 5.1.m). Las observaciones realizadas respecto del artículo 5 resulta, igualmente, de aplicación en este apartado.

Nada que objetar a la inclusión, junto con las víctimas de violencia de género, de las víctimas de delitos contra la libertad sexual en el apartado tercero del precepto.



## Artículo 10

Nada que objetar a la propuesta de extensión de los derechos a las medidas de asistencia y protección de los Títulos I y III de la Ley 4/2015 a los hijos menores y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia sexual.

## Artículo 23.2.a) y 4

Nada se objeta a la modificación propuesta para el artículo 23.2.a) y 4 que consiste en atender a las "características y circunstancias personales de la víctima". La modificación, inclusión del concepto "*circunstancias*", permite tomar en consideración y valorar para la determinación de qué medida de protección debe ser adoptada más aspectos que la referencia a las características personales de la víctima, lo que se traduce en una mayor calidad de la evaluación realizada y la determinación de las medidas de protección más adecuadas.

El vigente apartado cuarto establece la aplicación de las medidas contenidas en el artículo 25.a), b) y c) de la Ley 4/2015, en el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual. Las medidas en cuestión son: "*a) que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin; b) que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda; c) que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal*".



La reforma del apartado cuarto pretende extender dicha previsión a todas las víctimas de algún delito contra la libertad sexual, añadiendo las medidas contenidas en el artículo 25.d), con la modificación propuesta en el siguiente apartado. Nada se objeta al respecto.

#### **Artículo 25.1.b) y d)**

Nada que objetar a la propuesta de que los profesionales que reciban declaración a las víctimas hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, *“así como en género”*, si bien resultaría más específico indicar *“en perspectiva de género”*.

La letra d) del artículo 25 indica *“que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3º y 4º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse declaración directamente por un Juez o un Fiscal”*.

La modificación propuesta consiste en extender la medida a *“la prestación de asistencia por parte de intérprete”*. Nada se objeta al respecto puesto que la medida vigente podría ver frustrada su finalidad si no se contemplara la previsión de la asistencia por parte de intérprete.

#### **Artículo 26**

Se propone la extensión de las medidas de protección reguladas en el artículo 26 a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la utilización de lenguaje inclusivo (*“personas expertas”*).



El vigente artículo 26 establece las siguientes medidas de protección para menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección las siguientes: "a) *las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; b) la declaración podrá recibirse por medio de expertos*".

La extensión de estas medidas de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual se considera acertada, sin que logre entenderse la razón por la que el presente Anteproyecto no propone modificación alguna de la LECrim en tales términos.

Como ya se ha puesto de manifiesto en este informe, en el Anteproyecto de LOPIVI se preveía la modificación del artículo 448.bis LECrim cuyo contenido se traslada al artículo 449.ter en el Proyecto de LOPIVI. Aquella modificación planteaba como necesaria la prueba preconstituida de menores de catorce años y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El Consejo Fiscal se mostró favorable a dicha modificación, proponiéndose en el presente informe su extensión a todas las víctimas que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad en los términos apuntados anteriormente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito y del propio artículo 2.7 del Anteproyecto objeto de este informe.

Siguiendo con esta argumentación, que pretende que las víctimas que se hallan en situaciones de especial vulnerabilidad acudan una sola vez a prestar declaración en sede judicial, el Consejo Fiscal considera que la preconstitución de la prueba y su reproducción en el acto de juicio oral debe ser la regla general y no una excepción, lo que implica la modificación de los artículos 703.bis, 707, 730, 777.3 y 788 LECrim en los términos del Anteproyecto de LOPIVI y que –como ya se ha manifestado– el Consejo Fiscal valoró



positivamente. Por tanto, se trata de extender dicha protección en el ámbito procesal a las víctimas de violencias sexuales y a todas aquellas que se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad.

### Artículo 34

Nada se objeta a la modificación propuesta que consiste en introducir “*la imagen de las víctimas*” al establecer la autorregulación de los medios de comunicación social en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. La referencia a la imagen de las víctimas resultaría redundante si se entiende que el derecho a la propia imagen es uno de los derechos que tiene toda víctima.

### 13.12. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEGUNDA. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

Se propone la modificación de los arts. 42.1; 47; 48 y 49.

Nada se objeta a la modificación propuesta, toda vez que la misma consiste en la adecuación de la terminología utilizada en estos artículos a la utilizada en la reforma propuesta del Código Penal, así como en el uso de lenguaje inclusivo en los artículos 47 y 48.

Únicamente cabría señalar que en el artículo 48 propuesto se elimina la referencia a la “discriminación grave”, siendo sustituida por “*discriminación*”. La eliminación del concepto “grave” puede afectar al principio de proporcionalidad puesto que se establece la misma pena para conductas tales como el acoso sexual y para cualquier tipo de discriminación, al tiempo que se dificulta su distinción de las infracciones disciplinarias consistentes en “*discriminación*” (artículo 7.30 LO 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).



**13.13. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOTERCERA. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.**

Se propone la modificación de los artículos 37.8; 40.4; 45.1.n); 49.1.m); 53.4.b); 55.5.b).

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

**13.14. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCUARTA. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.**

Se pretende la modificación de los artículos 49.d); 82.1 y 89.1.d) y .5.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.

**13.15. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOQUINTA. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.**

Se propone la modificación de los artículos 165.5; 207.1.5.d); 267.1.2.b); 267.3.b); 271.3.b); 300; 331.1.d); 332.1.c); 335.1.4.a); 335.2.d); 336.d) y 337.2.

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en añadir en los referidos preceptos una referencia a las víctimas de violencias sexuales junto con las víctimas de violencia de género.



**13.16. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSEXTA. Naturaleza de la presente ley orgánica.**

Nada se objeta al respecto.

**13.17. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOSÉPTIMA. Título competencial.**

Nada se objeta al respecto.

**13.18. DISPOSICIÓN FINAL DECIMOCTAVA. Especialización en violencias sexuales.**

Se prevé que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, *“dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados”*.

Se valora positivamente el espíritu que parece inspirar esta previsión. No obstante, la generalidad con la que se formula impide una toma de postura razonada.

Por un lado, se hace referencia a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales; por otro, se prevé la revisión de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la Unidad



Especializada de violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados.

La referencia a "*violencias sexuales*" y la atribución de su conocimiento a los Juzgados de violencia sobre la mujer resulta coherente con lo establecido en el Convenio de Estambul al configurar las violencias sexuales como una forma más de violencia contra la mujer.

Ahora bien, el Anteproyecto incluye en el concepto de violencias sexuales otros tipos delictivos además de los recogidos en el Título VIII del Libro II Código Penal y se dirige a víctimas mujeres, niñas y niños. En este último caso, los niños, la previsión contenida en el Anteproyecto no deriva del Convenio de Estambul, sino de la Convención de Derechos del Niño.

En la actualidad, los Juzgados de violencia sobre la mujer conocen asuntos en los que las víctimas son niñas y niños "*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*".

No puede obviarse que se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia que contiene una previsión similar de "*creación de la jurisdicción especializada en infancia, familia y capacidad*" (Disposición Final Duodécima), lo que podría traducirse en solapamientos en determinados asuntos.

La referencia a los Juzgados de violencia contra la mujer parece centrar la especialización de los órganos judiciales en la fase de instrucción de los procedimientos, sin realizar mención alguna a la necesaria especialización en la fase de enjuiciamiento.



La previsión contenida en la Disposición final decimoctava requiere un estudio profundo del incremento de procedimientos para los órganos existentes y de la necesidad de creación de nuevos órganos judiciales o la transformación de los existentes, sin que pueda ignorarse la existencia de Juzgados de violencia sobre la mujer no exclusivos en la materia en aquellos partidos judiciales de menor tamaño.

**13.19. DISPOSICIÓN FINAL DECIMONOVENA. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.**

Nada se tiene que objetar a la modificación propuesta; la misma consiste en que el Gobierno remita a las Cortes Generales en el plazo de un año un proyecto de reforma de la Ley de asistencia jurídica gratuita para garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

**13.20. DISPOSICIÓN FINAL VIGÉSIMA. Modificaciones reglamentarias.**

Nada se objeta al respecto.

**13.21. DISPOSICIÓN FINAL VIGESIMOPRIMERA. Habilitación para el desarrollo reglamentario.**

Nada se objeta al respecto.

**13.22. DISPOSICIÓN FINAL VIGESIMOSEGUNDA. Entrada en vigor.**

Nada se objeta al respecto.

Madrid, a 2 de febrero de 2021

Dolores Delgado García

112





## **VOTO DISCREPANTE DE LOS VOCALES ELECTIVOS DEL CONSEJO FISCAL PROPUESTOS POR LA ASOCIACION DE FISCALES CON RELACIÓN A LA PROPUESTA DE MODIFICACION DE LOS ARTÍCULOS RELACIONADOS CON LA PROSTITUCIÓN.**

El informe asumido por la mayoría de los miembros del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, con relación a la disposición final quinta de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en cuanto a la propuesta de modificación de los artículos relativos a la prostitución, Arts. 187, la introducción de un nuevo 187 bis y mantenimiento de la redacción del actual 188, proponiendo incluso correcciones y redacciones alternativas, no puede ser compartido por los miembros electivos del Consejo Fiscal propuestos por la Asociación de Fiscales, ya que entendemos que la propuesta de regulación que se nos presenta, se aleja de la postura abolicionista sostenida por la Fiscalía General del Estado, por constituir tanto la trata de personas con fines de explotación sexual como la prostitución, una de las manifestaciones más aberrantes de la violencia sobre la mujer, ya que constituye un atentado contra la dignidad de la persona.

La propia Fiscalía General del Estado en su memoria de 2019 tras asumir la tesis abolicionista indicó la necesidad de transponer la tipificación de los delitos de proxenetismo de la manera que exige el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950 adaptándolo a la realidad actual siguiendo las indicaciones de la legislación francesa.

La trata con fines de explotación sexual es un delito directamente vinculado con el crimen organizado (Protocolo de Palermo en materia de trata de seres humanos que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado) y constituye un negocio criminal superior al tráfico de



drogas. El proxenetismo (Industria del sexo) resulta ser un negocio extraordinariamente rentable, pues según cálculos policiales alcanza unos beneficios diarios que superan los cinco millones de euros, la mayor parte en dinero negro. Se trata de delitos relacionados con otras figuras penales como el tráfico ilícito de migrantes, el blanqueo de capitales, la corrupción y el tráfico de sustancias estupefacientes.

El conocimiento de la realidad española nos lleva a la conclusión objetiva de que la trata de mujeres con fines de explotación en la prostitución y la propia prostitución constituye:

**PRIMERO. Una de las manifestaciones más aberrantes de la violencia contra la mujer**, tanto cuantitativamente -entre 2013 y 2019, si se extrapolan los datos suministrado por el CITCO en 2017 podría cifrarse en un número superior a las 168000 víctimas-, como cualitativamente, así prácticamente todas las mujeres explotadas son extranjeras; cada año se detectan más víctimas menores de edad; su captación se obtiene abusando de su patente necesidad, escasísima formación y evidente pobreza; muchas de ellas han sido vendidas, permutadas, torturadas, golpeadas, marcadas, humilladas, amenazas y coaccionadas de todas las maneras inimaginables siendo común la amenazas a su familiares; sometidas a actividades sexuales especialmente depravadas, acuarteladas 24 horas; el grado de sufrimiento es tal que alguna de ellas queda marcadas de por vida con graves lesiones psicológicas, llegando a asumir que la culpa de todo lo que les sucede es propia; al ser liberadas muchas de ellas no pueden retornar a sus países de origen al no ser bien recibidas por su comunidad, incluso rechazadas por sus padres y familiares; en la mayoría de las ocasiones no colaboran con la justicia al persistir las amenazas directas; sufren trastornos psicológicos postraumático y estrés disociativo; en alguna modalidad ( lover boy) se dan las mismas características de la violencia de género en pareja; la mayoría de las mujeres plenamente identificadas como víctimas de trata de seres y el cien por cien de



las consideradas en situación de riesgo han sido localizadas ejerciendo la prostitución en la calle, en establecimientos de alterne, clubes o pisos regentados en régimen de proxenetismo consentido, caravanas, roulotte incluso cuevas.

**SEGUNDO. Un atentado contra la dignidad de la persona prostituida** al privarle de su condición de persona y convertir su cuerpo en mercancía. Una sociedad respetuosa con los derechos fundamentales que surgen desde el reconocimiento de la dignidad humana no puede aceptar la compra del cuerpo de un ser humano en ningún caso ya para convertirla en vientre de alquiler, ya para disponer de alguno de sus órganos o fluidos, ya para convenirse en instrumento sexual. Decir que *“las mujeres tienen el derecho de venderse, es esconder el hecho de que los hombres tienen derecho a comprarlas”* (Françoise Héritier). No puede prevalecer el interés económico de las redes criminales a consta del sufrimiento de miles de mujeres condicionadas por la pobreza y la necesidad. La prostitución es la manifestación más violenta del sistema patriarcal (Marie-George Buffet). En una sociedad en donde los cuerpos de las mujeres son considerados mercancía, la igualdad entre mujeres y hombres es imposible (Maud Olivier). Resulta en definitiva ser responsabilidad del Estado prevenir alternativas a la aceptación voluntaria de la esclavitud.

Todo ello nos lleva a considerar, que es necesario en profundidad una reforma de los tipos penales relativos a la prostitución, que comprenda la tipificación de todas las manifestaciones del proxenetismo, única manera de combatir la invisibilidad de la explotación sexual y acabar con el torticero, falso y engañoso mensaje de que la prostitución es una actividad laboral no reglamentada vinculada al ocio y que los chulos, proxenetas y rufianes, no son tales sino empresarios del sexo, y que la mujer que ejerce la prostitución lo hace porque quiere.



Dichas afirmaciones desconocen los valores de igualdad de género y proscripción de todo tipo de violencia. No resulta consecuente intentar evitar que se utilice a la mujer como objeto decorativo, para luego en la misma legislación admitir el proxenetismo y por el tanto el hecho de que la mujer pueda autorizar su propia explotación, esto es que sea "cosificada", convertida en mercancía.

La realidad en España afecta fundamentalmente a mujeres extranjeras, pobres y extraordinariamente vulnerables. La atipicidad de éste "negocio" constituye un manto protector del tratante, que salvo excepciones muy significativas gozan de la presunción del consentimiento de la mujer.

Por ello no podemos compartir la propuesta de regulación del Anteproyecto. De hecho se desconocen los principios y las razones que han llevado al redactor del mismo a presentar esta incompleta reforma, que parte de unos postulados a nuestro juicio erróneos, pues no garantiza la persecución de todas las formas de proxenetismo, no se ajusta a las previsiones del convenio ya mencionado, utiliza una técnica legislativa defectuosa, limitándose a incluir la denominada prostitución locativa ( Art 187 bis) y una precisión insuficiente en relación con la explotación consentida (Art 187.2).

Los redactores del Anteproyecto, o bien no han analizado convenientemente cual es la realidad criminal, o bien valoran dicha realidad de manera muy distinta a la que llevan a cabo los expertos cualificados y reconocidos tanto nacionales como internacionales en la lucha contra la esclavitud moderna. De hecho, se desconocen los principios y razones que ha llevado al redactor del Anteproyecto a proponer dicha reforma, ya que en la exposición de motivos nada se aclara más allá de afirmar que se trata de una "modalidad de violencia sexual" para luego afirmarse a nuestro juicio de manera equivocada, que la reforma propuesta "mejora la tipificación penal del proxenetismo en aras a hacer más efectiva la persecución de las conductas, especialmente a través de



*una nueva redacción del tipo, que contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo” llamando la atención que se introduce un nuevo tipo penal “quien destine un inmueble a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona”.*

La reforma no satisface en definitiva las exigencias del sentir mayoritario de la legislación española en esta materia. Sí se afirma que la prostitución es una forma de violencia sobre la mujer, debería profundizarse en el rol de todos los causantes, proxenetas y clientes, y las razones por las que se aparta de las recomendaciones del Segundo informe sobre la lucha contra la trata de seres humanos en Europa del año 2018 emitido por la Comisión Europea en la que se anima a los estados miembros a la tipificación penal de los que conscientemente se aprovechan de los servicios prestados por las víctimas de trata. No explica por qué no se considera procedente tipificar todos y cada uno de los supuestos de proxenetismo previstos por los instrumentos internacionales de referencia, manteniendo la misma fallida sistemática, diferenciando la prostitución de menores y mayores como entidades criminológicas diferenciadas, manteniendo los mismo supuestos agravados, sin considerar medios actuales de captación o prescindiendo de la gravedad de determinadas conductas que interfieren o se proyectan en los programas de recuperación y protección de víctimas. No se acude a la tipificación de determinados indicadores de explotación para limitar el arbitrio judicial y lograr una efectividad patente en la lucha contra la explotación sexual.

Los artículos siguen estando desvinculados del delito antecedente de trata, lo que augura que de no modificarse los tipos penales, van a tener la misma aplicación ineficaz que la reforma del 2003 y de la del 2015, al mantener prácticamente inmutable el tipo básico del artículo 187 del CP que se hace depender de la existencia de un conjunto de medios comisivos, manteniéndose por lo tanto todos los impedimentos para su persecución y que la propia Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2019 ha puesto de manifiesto.



Todo el que conozca el fenómeno en profundidad y se dedique a la persecución de estos hechos delictivos, conoce la imposibilidad de probar la existencia de situaciones de abuso como de ciertas formas de intimidación y engaño. La realidad muestra que se exige- y la propuesta de reforma lo mantiene- un comportamiento activo y muchas veces heroico de las víctimas en el proceso. Al Ministerio Fiscal se le impone la labor imposible de probar la ausencia del consentimiento, lo cual resulta sumamente desconcertante, tomando en consideración la modificación proyectada del Título VIII del Libro II del C.P, que recoge como nuevo paradigma, el consentimiento como eje central sobre el que pivotan todas las conductas típicas.

En la propuesta de reforma se siguen manteniendo, como arriba apuntamos dos modalidades diferenciadas según la mayoría o la minoría de edad, lo cual resulta contrario al espíritu y a la letra del artículo 1 de la Convención de Nueva York. El delito no es la prostitución coactiva, es el proxenetismo o favorecimiento de la prostitución de cualquier ser humano. Se sigue proponiendo el mantenimiento del tipo de explotación lucrativa de la prostitución, estableciendo un subtipo agravado nuevo por el uso de los medios comisivos descritos en el apartado anterior lo que provoca confusiones y un difícil deslinde por el principio de especialidad. ¿Qué se entiende por aprovechamiento? ¿Qué se entiende por relación de dependencia o subordinación? ¿Se refiere a las mismas condiciones que sustentan la relación laboral por cuenta ajena? manteniéndose finalmente una relación de supuestos agravados que permanecen inalterables o con matizaciones irrelevantes al poder ser resueltas por la vía del concurso de delitos.

Se incorpora un nuevo artículo 187 bis, definiéndose de manera abierta "al que" (¿Dueño, administrador, encargado, arrendador, usufructuario?) concurriendo ánimo de lucro (¿Por?) y habitualidad (¿Por?), destine un inmueble, local o establecimiento abierto o no al público (¿y los otros posibles lugares?).



No se plantea ni siquiera introducir figuras favorecedoras de la liberación de las víctimas y de favorecimiento de la persecución como los supuestos de desistimiento en la tentativa y arrepentimiento activo.

La propuesta de reforma en definitiva no satisface las exigencias del Convenio de Nueva York de 1950 (artículos 1º y 2º), ni sigue el paradigma del modelo aprobado por la ley francesa de 13 de abril de 2016 que sí pretende combatir eficazmente la explotación de mujeres a través de la prostitución.

Por todo ello, y por alejarse, de lo compromisos internacionales asumidos y de los propios postulados mantenidos por la Fiscalía General del Estado, consideramos que procede su devolución, con el deseo de que se materialice una propuesta de regulación que, tomando como modelo las legislaciones más actualizadas, responda a la filosofía que dice informar el presente Anteproyecto.

Sería conveniente una ley que no sólo modifique el Código penal, sino que también regule medidas específicas de prevención del delito y protección de las víctimas que vele adecuadamente por el bien jurídico principal, que no es otro que la dignidad de todo ser humano. En este tipo de delitos la protección de la víctima tiene que estar por encima de cualquier otra consideración.

La propuesta acogida por el Anteproyecto en esta materia genera en definitiva grandes espacios de impunidad y no satisface la lucha contra la explotación sexual o esclavitud de las mujeres en una sociedad contemporánea.