

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 13



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2005

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Presidente

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, Fiscal General del Estado

Vocales

RAFAEL VALERO OLTRA

ELVIRA TEJADA DE LA FUENTE

MANUEL VILLÉN NAVAJAS

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

TERESA COMPTE MASSACH

MARÍA DEL PILAR SÁNCHEZ DONATE

VALENTÍN JOSÉ DE LA IGLESIA PALACIOS

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

Secretario

PEDRO CRESPO BARQUERO

La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral

Precios del número:

España: 8,67 €

Extranjero: 11,56 €

Estos precios no incluyen IVA.

Redacción:

C/ Fortuny, 4 - 28010 Madrid.

Distribución, suscripciones y venta:

C/ San Bernardo, 62 - 28015 Madrid.

Tels.: 91 390 44 29/2082/2187 Fax: 91 390 20 92

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 13



2005

Es propiedad. Queda hecho el depósito
y la suscripción en el registro que marca
la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO: 051-05-022-3

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500/1995

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54
28050 Madrid

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
I. ESTUDIOS	
JOSÉ MIGUEL COMPANY CATALÁ: <i>La actividad deportiva y el dopaje deportivo: aspectos laborales y penales</i>	9
JUAN JOSÉ BEGUÉ LEZAUN: <i>Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual</i>	67
GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ: <i>Violencia doméstica. Una introducción desde la criminología</i>	189
II. NOTAS Y COMENTARIOS	
ÁLVARO GARCÍA ORTIZ: <i>¿Para que un Fiscal de incendios?</i>	249

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. ESTUDIOS

LA ACTIVIDAD DEPORTIVA Y EL DOPAJE DEPORTIVO: ASPECTOS LABORALES Y PENALES

JOSÉ MIGUEL COMPAÑY CATALÁ
Fiscal del TSJ de Cataluña

EMILIO BASAULI HERRERO
*Abogado Fiscal Sustituto del TSJ de Cataluña
y Doctor en Derecho por la UAB*

- SUMARIO:
1. LA EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA: 1.1 *El deporte amateur y los deportistas aficionados.* 1.2 *El deporte profesional y los deportistas profesionales.*
 2. LA ALTERACIÓN DE LA SALUD: LAS LESIONES COMO PARTE INHERENTE DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA.—3. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y CONCEPTO AMPLIO DE LESIÓN. LA DETERMINACIÓN DE LA FIJACIÓN DEL HECHO CAUSANTE DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.—4. GRADOS DE INVALIDEZ DEL DEPORTISTA PROFESIONAL.—5. UN NUEVO TIPO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: LAS LESIONES DERIVADAS DEL DOPAJE.—6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL DOPAJE.—7. LA VIABILIDAD DE INTRODUCIR UNO O VARIOS TIPOS PENALES EN EL MARCO DEL PROYECTO DEL PLAN DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: 7.1 *Introducción.* 7.2 *El Bien Jurídico protegido.* 7.3 *Propuesta de conductas típicas.*—8. ANEXO I.—BIBLIOGRAFÍA: 1. *Manuales y obras generales.* 2. *Monografías y poligrafías.* 3. *Artículos de revistas especializadas.*

1. LA EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA

Cuando intentamos conceptualizar el término deporte, con el componente mitológico que comporta, multitud de definiciones salen a nuestro encuentro. Durante años el deporte, sobre todo en nuestro país, estuvo asociado al término espectáculo, conceptualizándolo como una manifestación artística, y al deportista como el artista que disfruta con su práctica.

Este concepto lúdico del deporte, se ha ido modificando con el paso del tiempo, hasta dar paso a lo que en el ámbito actual y dentro del estudio del contexto de una relación jurídico-laboral, podemos pasar a considerar al deporte como un trabajo y al deportista como un trabajador por cuenta ajena con unas especialidades que marcan su relación de carácter especial.

Para concretar lo que entendemos por actividad deportiva en la actualidad y sus consecuencias, señalaremos que en las reflexiones y comentarios sobre la sentencia Bosman, la cual ha tenido y tiene fundamental incidencia dada su actualidad, el ámbito funcional, personal y territorial deportivo y sobre la libre circulación de deportistas, Dupont, J. L., señala que: «en la discusión sobre la definición de la que podíamos definir como trabajo deportivo o trabajo en el ámbito deportivo; el punto de inflexión de los argumentos aportados al tribunal, tanto por parte de las Federaciones, como por determinados organismos estatales deportivos de alguno de los países miembros, fue que apelaron a la consideración del «deporte como cultura», y en este punto concreto el tribunal les dio la razón, pero matizó que, tal como sucede con un libro, si éste se vende constituye una «actividad económica»¹.

¹ DUPONT, J. L.: «La libre circulación de jugadores trabajadores y las normas de la competencia aplicables a las empresas-jugadores profesionales de fútbol. Sentencia Jean-Marc Bosman».

Dentro de la dinámica de intentar definir el deporte actual, podríamos señalar según los diferentes autores diversas definiciones, entre ellas: «Como un fenómeno social, complejo y polivalente, económico y cultural que adquiere cada día una importancia cada vez mayor»².

Un autor clásico en el ámbito deportivo, Cazorla Prieto, L. M., hace una clasificación del deporte según las siguientes modalidades: deporte salud, deporte espectáculo y profesional, deporte de alta competición, deporte popular y deporte educación o educación física³; que bien pueden reducirse a: deporte popular, comprensivo del deporte práctica y del deporte salud; deporte espectáculo, comprensivo del deporte profesional y del deporte de alta competición, pese a las diferencias importantes que pueden existir entre ambos; y deporte educación, que preferimos denominar educación física y que consideramos una parte de la educación integral del ser humano más que una auténtica modalidad deportiva.

También señalaremos que otros autores destacan el referente jurídico en su relación con el mundo del deporte y hacen una reflexión entre la interrelación entre el derecho y el deporte, señalando que: «tanto el derecho como el deporte presentan una característica común, la dificultad de ofrecer una definición que sea de validez general para todas las épocas y situaciones posibles»⁴.

Esto no es óbice para ofrecer unas pautas válidas de definición de lo que comúnmente conocemos como Derecho Deportivo: desde una perspectiva objetiva, como el conjunto de preceptos, normas o proposiciones jurídicas por los que se rige el sector social deportivo; desde la perspectiva subjetiva, como la facultad o poder que tiene un sujeto deportivo frente a otra persona física o jurídica para exigirle algo; y respecto a la justicia, como la adecuación de la actividad deportiva, al derecho y con la justicia, interpretándolo como el dar a cada uno lo que le corresponda.

Algún autor, aunque no llega a predicar su autonomía como rama del Derecho, define al Derecho Deportivo y al ordenamiento deportivo como un ordenamiento cerrado en cuanto que constituido por y para personas

Conferencia organizada por la Comisión de Cultura, Secciones de Derecho Comunitario y Derecho Deportivo en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Abril/1996. Inédita.

² CARRETERO LESTON, J. L. y CAMPS POVILL, A.: «La tributación del deporte en España». Fundació Barcelona Olímpica. Beca de Investigación (del Deporte y el Olimpismo 1994), Málaga, 1995.

³ CAZORLA PRIETO, L. M.: «Consideraciones sobre el tratamiento del deporte en el sistema tributario español vigente». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 54/1987, pp. 183 y ss.

⁴ PÉREZ LÓPEZ, F. y VILLANUEVA VILLANUEVA, J. L.: «Ponencia sobre Introducción al Derecho Deportivo». Organizada por la Junta de Andalucía y presentada en la Universidad Deportiva de Verano (inédita), Málaga, junio/1985.

físicas y jurídicas que forman la comunidad deportiva, cuyo objeto es la práctica y fomento del deporte, bien como puro ejercicio bien como espectáculo público, lo cual no quiere que «el Estado lo reconozca como el fuero personal de dichas personas y resulte de aplicación a la totalidad de su vida de relación»⁵; aunque en definitiva entendemos tal y como señala Rubio Sánchez, F. «ya no cabe hablar del Derecho Deportivo o Derecho del Deporte como una rama jurídica autónoma del ordenamiento jurídico, el contenido debemos encuadrarlo en lo que hemos denominado Derecho laboral del deporte, entendido como un conjunto de normas carentes de autonomía propia que regulan los aspectos laborales derivados de la actividad deportiva de carácter profesional»⁶.

1.1 El deporte amateur y los deportistas aficionados

Si partimos de que el deporte es una práctica a la cual se dedican los deportistas voluntariamente, es fundamental determinar la «línea» que se debe trazar para determinar que deportista es profesional o aficionado y esta es una grave problemática dado que ésta ha ido variando con el tiempo y con el cambio social que se ha ido operando hasta llegar a la proyección de la «sociedad del ocio» en la cual nos estamos moviendo hoy en día; y que nos lleva desde aquellos deportistas aficionados que no cobraban, hasta estos actuales colectivos de «aficionados» que cobran cantidades millonarias, en sectores como el atletismo o el waterpolo entre otros, para los cuales parece que la definición conceptual como aficionados sigue imperando a pesar de esas cantidades que se mueven, de ahí la dificultad que entraña la labor consistente en trazar los límites conceptuales entre el deportista profesional y el deportista «amateur» o aficionado, y en el que la retribución deviene esencial en orden a la diferenciación entre «amateurs» y profesionales, y cuya resolución afecta como consecuencia a la competencia para conocer el tema del orden jurisdiccional social, la laborización del supuesto y su encuadre dentro del engranaje del sistema de la Seguridad Social⁷.

⁵ CABRERA BAZÁN, J.: «La relación laboral de los deportistas profesionales» (En Comentarios a las leyes laborales, dirigida por BORRAJO DACRUZ, E., tomo II, volumen I). *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1987, p. 129.

⁶ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «El contrato de trabajo de los deportistas profesionales». Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 34.

⁷ Entre otros, SOSA MANCHA, M. T. y GARCÍA SILVERO, E. A. «Acerca del carácter retributivo o compensador de las percepciones económicas de los deportistas profesionales». *Revista Aranzadi Social*, núm. 9/2000, pp. 34 y ss.

Señalar sobre la tesis de establecer como punto de partida a la retribución como indicador válido de la existencia de relación laboral, que se ha establecido un nuevo parámetro de este indicador por la STSJ Extremadura de 13 de marzo de 2000 (AS 2000/1697) como es el de la cantidad fija mensual que, tras deducirse los gastos ocasionados por la práctica deportiva, no supera el salario mínimo interprofesional, límite éste al que puede acudir, como se está haciendo para determinar después de valorar otras cuestiones distintas, como puede ser el coste de cambiarse de lugar de residencia y vivienda y los gastos de desplazamiento al campo o terreno de juego para entrenar y jugar a los efectos de determinar el requisito de la habitualidad en el ejercicio de la actividad; así la superación del umbral del salario mínimo deducidos los gastos y percibido en un año natural puede ser indicativo adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades.

1.2 El deporte profesional y los deportistas profesionales

A los efectos de intentar conseguir concretar los términos definitorios sobre el deporte profesional que sería: la práctica del deporte realizada por el deportista profesional lo cual genera su relación especial de carácter laboral, la relación contractual con el club, la contraprestación compensatoria y su posible integración dentro del marco de protección del sistema de la Seguridad Social, indicaremos que el deportista profesional hace del deporte materia y objeto de trabajo por lo que el dinero que percibe retribuye tan específica prestación laboral.

Las notas tipificadoras del profesional son su dedicación íntegra, absoluta y permanente, impeditiva en la mayoría de las ocasiones de cualquiera otra actividad que le permita subvenir a sus necesidades, con dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades por una retribución constitutiva de su medio de vida, superando antiguas argumentaciones de determinadas figuras cuando todavía no se habían acabado de definir ni de encajar como una relación laboral especial.

Nos señala Alonso Olea, M., que el estudio de las relaciones jurídicas de los deportistas profesionales, parte de la base del deporte-espec-

título⁸, y establecido que el fenómeno deportivo ha crecido extraordinariamente y alrededor de él, se ha tejido un entramado económico de gran importancia⁹; y esta gran actividad económica genera a su alrededor no pocos problemas jurídicos de ámbito nacional e internacional que mantienen en constante jaque a la joven doctrina del Derecho del Deporte¹⁰; así, si nos centramos ahora, en el contrato de trabajo deportivo, celebrado entre club y deportista profesional, hemos de manifestar que el mismo genera una relación bilateral que liga a ambos y les obliga recíprocamente, y por el cual nace una subordinación, por la cual el jugador profesional viene obligado a observar cuantas normas de carácter técnico-deportivo emanan de la sociedad-empresa-club que le tiene contratado, generando una serie de compromisos y obligaciones, con sus correlativas sanciones disciplinarias por incumplimiento, y teniendo el club la obligación-contraprestación de abonar las compensaciones de tipo económico que se hayan pactado.

En concreto:

1. El deportista se obliga a jugar por el club de un modo eficaz y en la mejor forma que pueda exigirse a su habilidad y condiciones físicas.
2. A asistir al campo de juego del club o a cualquier lugar, que el club o quien obre en su representación le indique, con objeto de actuar en partidos o entrenamientos.
3. A efectuar cuanto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones físicas y de juego posibles en todo momento.

De lo que se desprende, la existencia de una relación de subordinación y dependencia de intensísimo grado, en el contrato que liga a jugador y club, en la que hasta en su vida privada el deportista se ve fiscalizado e intervenido, porque lo único que legitima en parte esa «absorbente exigencia», es la especialidad y extraordinaria amplitud del objeto del contrato expresado en la generalísima obligación de «efectuar cuanto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones físicas y de juego posibles en todo momento»¹¹.

⁸ Prólogo al libro de SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: «*El contrato de trabajo del Deportista Profesional*». Editorial Civitas, 1.ª edición, Madrid, 1991.

⁹ FERNÁNDEZ ARRIBAS, J.: «Incentivos al patrocinio deportivo. Hacia una nueva perspectiva». *Revista La Ley*, Diario núm. 4645, pp. 1 y ss.

¹⁰ ROMERO GALLARDO, A.: «*Régimen jurídico del Fútbol Profesional*». Monografías Civitas, 1.ª edición, Madrid, 1997, pp. 374 y ss.

¹¹ CABRERA BAZÁN, J.: «*El contrato de trabajo deportivo*». Editorial INP, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 60.

Así, dentro de las relaciones de trabajo que se pueden establecer y para ceñir los parámetros de nuestras pautas de trabajo, las estableceremos bajo dos premisas básicas que nos darán las notas caracterizadoras de la relación establecida entre los deportistas profesionales y sus clubes y la aplicación de las medidas de protección asistencial y social a los deportistas, que son:

a) Actividad económica dentro del ámbito de organización y dirección, todo ello dentro de un ámbito de estudio marcadamente jurídico-laboral, aunque sin desprestigiar la posibilidad de incidir y profundizar sobre otros campos de acción y otras jurisdicciones; y

b) Las garantías a los deportistas comprendidos en el campo de aplicación dentro del citado ámbito, cualquiera que sea su sexo, estado civil, y tanto si son españoles que residan en España, como a los comunitarios, «asimilados» o extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España a la protección adecuada frente a las contingencias que puedan producir la alteración de su salud.

2. LA ALTERACIÓN DE LA SALUD: LAS LESIONES COMO PARTE INHERENTE DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA

La idea del deporte es la de la actividad deportiva en cuyo desempeño, participación y competición, tanto sea en el ámbito amateur o profesional, se ponen en juego normalmente además de una lucha por la victoria o la derrota, la integridad física de quien lo practican y esto produce la alteración de la salud de la que deriva la incapacidad para trabajar, y la relación de causalidad entre tal alteración y la actividad productiva desarrollada constituyen las claves iniciales de referencia de este apartado.

Ha de comenzarse indicando que la determinación de la profesión habitual¹², en cuyo ejercicio se valora la alteración de la salud en relación con la lesión o patología resultante, es la del deportista profesional, es decir, aquel que con arreglo a la definición del artículo 1 apartado dos del Real Decreto 1.006/1985 en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedica voluntariamente a la práctica de dicho deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, lo que en todo deporte que se practica con este carácter y exige intensa dedicación, plena preparación y

¹² Cuestión básica está dado que tal y como nos señala la STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003 (JUR 2003/183317) «la cuestión esencial del litigio reside en determinar cual ha de ser la profesión habitual del actor que ha de tenerse en cuenta a los efectos de este procedimiento».

rendimiento físico, entrenamiento diario, y hábitos de vida compatibles con estos requerimientos, dado que «exige una particular cualificación, que además debe ser constantemente “alimentada” a través de la oportuna preparación»¹³.

Entendemos, en el mismo sentido que Rubio Sánchez, F., que «la práctica profesional de la actividad deportiva conlleva un riesgo de lesiones mucho más elevado que la mayor parte de las profesiones derivado del permanente esfuerzo físico de los entrenamientos y encuentros o pruebas de las competiciones oficiales, así como de los lances del juego y las posibles agresiones antideportivas de los adversarios»¹⁴, y partiendo de esta indicación básica, consideramos que la alteración de la salud que se produce ha de revestir la suficiente entidad como para impedir la práctica del deporte profesional, por ser las lesiones que se sufran por el deportista profesional incompatibles con la realización de ejercicios y esfuerzos físicos y movimientos consustanciales con la práctica del referido deporte, y por lo cual el deportista no es hábil física y funcionalmente para llevar a efecto con profesionalidad y rendimiento suficientes, y de forma continuada y eficaz su actividad principal, sin que realizar actividades que sean residuales o secundarias respecto de lo que ha de entenderse en sentido estricto como deporte profesional, deban de ser valoradas¹⁵ ni tenidas en cuenta, y a través de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social se definen las necesidades objeto de protección y los mecanismos específicos de cobertura de las mismas, debiéndose tener en cuenta que no son los riesgos o contingencias lo que se asegura, sino las consecuencias económicas que de esos riesgos se derivan: pérdida de ingresos o excesos de gastos¹⁶.

Y, coincidimos con la definición realizada por Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. A. de que «es lesión el daño corporal procedente de heridas, golpe o enfermedad, sea físico o psíquico. En el concepto se incluyen tanto las patologías producidas por lesiones mecánicas o físicas externas, como de agresión interna (enfermedades cardiovasculares) ya se produzcan de manera súbita o sean de desarrollo lento o gradual»¹⁷.

¹³ DURÁN LÓPEZ, F.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales». *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10/1985, p. 46.

¹⁴ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «El contrato de trabajo de los deportistas profesionales», *ob. cit.*, p. 351.

¹⁵ Juzgado de lo Social núm. 6 de Zaragoza/Aragón (AS 2001/4578)

¹⁶ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A.: «Curso de Seguridad Social. (Régimen general y prestaciones no contributivas)». Editorial Tirant lo Blanch, 10.^a edición, Valencia, 2003, p. 237.

¹⁷ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A.: «Curso de Seguridad Social. (Régimen general y prestaciones no contributivas)», *ob. cit.*, p. 242; y en el

Y simplemente indicar, ya que es un punto que posteriormente desarrollaremos más extensamente, que en el marco de las lesiones causadas en el ámbito deportivo, y aunque tal y como señala Ventas Sastre, R., las normas que se refieren al ámbito deportivo no tienen como objeto la determinación de los criterios a seguir frente a las lesiones causadas durante la práctica deportiva, sino que se trata de reglas enfocadas hacia el mantenimiento del orden público en los espectáculos deportivos, por lo que su finalidad es administrativo-sancionadora y se trata, en definitiva, de preceptos destinados a sancionar los posibles daños ocasionados por el espectáculo masivo, más que por la actividad deportiva propiamente dicha¹⁸.

3. EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y CONCEPTO AMPLIO DE LESIÓN. LA DETERMINACIÓN DE LA FIJACION DEL HECHO CAUSANTE DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Según establece el artículo 115 RDLLGSS «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena», el número 1 del artículo 115 tipifica el accidente laboral, haciendo en su número 2 una enumeración de los supuestos de accidente de trabajo, y en su número 3 la presunción de que lo será salvo prueba en contrario cuando se sufran durante el tiempo y en el lugar de trabajo, y finalmente el artículo 137, recoge los grados de incapacidad o invalidez¹⁹; y aludiendo a la clase de contingencia o riesgo cabe diferenciar los riesgos genéricos que sobrevienen por causas naturales y los riesgos específicos directamente vinculados al trabajo, contingencias profesionales, causados por éste de forma inmediata y frontal²⁰.

Diversos autores nos dan su interpretación de esta definición, así recogiendo una de ellas diremos que «el accidente de trabajo constituye una de

mismo sentido MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. Editorial Civitas, 3.^a edición, Madrid, 2003, p. 703.

¹⁸ VENTAS SASTRE, R.: «Una aproximación al tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 13/2005/1, pp. 25 a 44.

¹⁹ Este artículo se modificó por la Ley 15 de julio de 1997, núm. 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que señala que se busca el establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevee la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia.

²⁰ MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Manual de Derecho del Trabajo», *ob. cit.*, p. 702.

las más dramáticas circunstancias en que puede verse involucrado quien presta una actividad productiva. El riesgo, o la proximidad de un daño, resulta ser el trágico compañero de viaje de todo trabajador»²¹ y nos señala que los accidentes con su doble secuela de imposibilidad para el trabajo en tanto duren sus efectos y de necesidad de atención sanitaria, ha sido siempre contingencias de gravísima incidencia personal y social, que han motivado desde antiguo la acción protectora, cada vez más amplia y eficaz de los poderes públicos²².

Los términos y definiciones que establece la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²³ señalan que: los daños a la integridad física y a la salud de los trabajadores abarcan todas las lesiones producidas por accidentes ocurridos por motivo o con ocasión del empleo (accidentes de trabajo y accidentes de trayecto) y todas las enfermedades profesionales; los accidentes de trabajo son accidentes ocurridos en el lugar o en el curso del trabajo y que entrañan, sea la muerte, sea una lesión corporal, o una enfermedad; los accidentes de trayecto son los accidentes ocurridos en el camino que debe recorrer el trabajador para ir al lugar de su trabajo o volver de él que entrañan sea la muerte, sea una lesión corporal; y que las lesiones profesionales comprenden las muertes, las lesiones corporales y las enfermedades provocadas por accidentes del trabajo.

Entre los supuestos más importantes de aplicación de la referida doctrina se encuentra, precisamente, el de las enfermedades cardíacas, aceptadas como accidentes de trabajo por jurisprudencia inconcusa; frente a la afirmación de que es fruto del azar el que un episodio de infarto o similar se desencadene en el trabajo, se contesta evidenciando que el mismo posee notable vinculación con las situaciones de esfuerzo, tensión, responsabilidad que acompañan al trabajo de manera casi habitual²⁴.

²¹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E: «*El accidente de trabajo: evolución normativa y tratamiento jurídico comparado*». Artículo publicado en el portal Altavista de Internet, pp. 4 y ss. www.der.es/trabajo/acci2.html.

²² MONTÓYA MELGAR, A.: «*Derecho del Trabajo*». Editorial Tecnos, 24.ª edición, Madrid, 2003, p. 655.

²³ Sobre la OIT podemos encontrar una exhaustiva información en www.ilo.org/public/spanish, sobre Convenios y recomendaciones de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo en ilo.org/public/spanish/protection/safework/cis/oshworld/ilostd/index, así como también un catálogo de publicaciones de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, edición del año 2000, última editada, en ilo.org/public/english/protection/safework/publicat/iloshcat/index.

²⁴ Entre otros, ALONSO OLEA, M.: «*Instituciones de Seguridad Social* (en colaboración con TORTUERO PLAZA las últimas ediciones)». Editorial Civitas, 18.ª edición, Madrid, 2002; y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El accidente de trabajo y el amplio concepto de “lesión”». Comentario a la STSJ País Vasco de 7 de octubre de 1997 (AS 1997/3163)». *Aranzadi Social*, vol. III/1997, pp. 2586 y ss.

Pasaremos ahora al análisis de determinar si el alcance de las lesiones dentro del ámbito de los deportistas profesionales tienen su origen en un accidente de trabajo y si son objeto de invalidez. Así, dentro del concepto legal de accidente de trabajo que recoge el artículo 115.1 RDLLGSS, se incluyen por una jurisprudencia ya concluida por su reiteración un concepto amplio de lesión corporal, al declarar que el concepto legal de accidente de trabajo no toma como referencia «un suceso repentino más o menos importante, sino el hecho mismo constitutivo de la lesión»²⁵.

A su vez, del concepto genérico de accidente cabría distinguir pues tres supuestos:

1. los accidentes en sentido estricto como lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita y externa,
2. las enfermedades profesionales del artículo 116 del RDLLGSS y
3. las enfermedades del trabajo, en la terminología empleada por la STS de 15 de julio de 1992²⁶, calificando a las enfermedades del trabajo como «esencialmente un accidente de trabajo» en cuanto participan de todos los elementos definidores de los que parte el artículo 115.1 del RDLLGSS, y cuyos elementos básicos, requisitos y matices que la definen se recogen entre otros autores García Ninet, J. I. y Vicente Palacio, A.²⁷, y que son:

a) Una «lesión corporal» como daño sensorial o funcional que el interesado padece no sólo como consecuencia de un agente exterior súbito repentino o violento, sino también las dolencias lentas o progresivas, es decir, las enfermedades en sentido propio, lesiones de origen común que hay que diferenciar de las lesiones propiamente profesionales. Así pues, en este concepto de enfermedad del trabajo, nos encontramos ante una enfermedad, una alteración de la salud distinta del accidente, puesto que no es una lesión producida por un agente externo brusco y violento, sino que su origen causal es la enfermedad y solamente por mandato legal recibe el tratamiento jurídico de accidente laboral, aunque siga siendo enfermedad;

b) Un trabajo realizado por cuenta ajena (en el sentido que fijan los artículos 1 y 2 del RDLET y 7.1 a) del RDLLGSS, esto es, todos los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social; y

c) Que resulte precisamente del trabajo que ejerce, es decir, que exista la relación o nexo causal entre el trabajo protegido, y la lesión, que está

²⁵ STS de 17 de junio de 1993 que se recoge en las SSTS de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1115) y 25 de septiembre de 1991 (RJ 1991/8653).

²⁶ (RJ 1992/5622).

²⁷ GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: «Derecho del Trabajo», Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 893.

²⁸ STSJ de Cataluña de 29 de enero de 1993 (AC 1993/485).

amparado en la presunción legal del artículo 115.3 RDLLGSS. Esta relación causal se reputa de carácter imperativo para que la lesión sufrida por el trabajador pueda ser calificada de accidente de trabajo²⁸. Sucede que la lesión ha de producirse «con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecuta por cuenta ajena», lo que implica que debe existir un nexo claro entre trabajo y lesión, si bien la fórmula elegida por el legislador es amplísima y «en virtud de la adición de la ocasión a la causa repugna a la norma toda limitación en cuanto aparezca una conexión de la lesión con el trabajo»²⁹. Todo ello conlleva a la inclusión dentro de concepto de accidente laboral tanto el accidente propio, producido como consecuencia directa de la ejecución del trabajo, como el impropio, que tiene lugar cuando se produce por causa distinta al trabajo, pero al que éste dio ocasión, de tal forma que si no se hubieran prestado los servicios, no se habría producido la lesión³⁰. Igualmente, el accidente laboral precisa de otra relación de causalidad, pues, junto a la relación entre trabajo y lesión, se precisará el nexo causal entre la lesión y la situación invalidante o protegida³¹, de manera que la lesión sufrida desencadene alguna de las situaciones protegidas por el régimen de Seguridad Social. En cualquier caso, el nexo causal entre los dos elementos continúa siendo una exigencia ineludible para la calificación como laboral del accidente³², pues si la lesión no aparece vinculada a la «ocasión» o a la «consecuencia» laboral no existe accidente de trabajo³³, marcando con claridad que la responsabilidad por éste deriva del riesgo profesional³⁴.

Indicar además compartiendo la opinión de De Val Tena, A. L. y Román Castillo, J. J., que se ha ampliado indirectamente la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo al extender el concepto de accidente laboral a través de la ampliación jurisprudencial del nexo causal, considerándose como tales sucesos que nada tienen que ver con el trabajo, pero que tanto la fuerza expansiva que proporciona al concepto de accidente de trabajo la «ocasionalidad», como la presunción *iuris tantum* de existencia de siniestro laboral cuando las lesiones las sufre el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo, han conseguido que la doctrina jurisprudencial los consideren así. Pero este proceso de expansión de la calificación legal y jurisprudencial de los accidentes como laborales no parece que se compagi-

²⁹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: «Instituciones de Seguridad Social», *ob. cit.*, p. 65.

³⁰ STSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de julio de 1993 (AC 1993/3527).

³¹ STS de 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8266).

³² STS de 4 de julio de 1995 (RJ 1995/5906).

³³ Así lo recoge la STSJ de Navarra de 29 de julio de 2002 (AS 2002/2930).

³⁴ STSJ de La Rioja de 15 de abril de 1993 (RJ 1995/1899).

ne con una tendencia a no discriminar situaciones de cobertura del riesgo-
causa. Parece conveniente, por tanto, redefinir y acotar, de forma más estric-
ta, el concepto de accidente de trabajo para diferenciar e intensificar su
cobertura sobre la base de razones objetivas y puramente profesionales³⁵.

Si se cumplen todos estos requisitos, y siempre analizando uno por uno
cada caso específico, tendrían cabida las pretensiones de los deportistas
profesionales afectados de cubrir los padecimientos sufridos, al existir un
nexo causal entre la lesión y la relación laboral del deportista profesional, y
que se produzcan la incapacidad o invalidez a raíz de lesiones que le impi-
den el desempeño de las tareas fundamentales de su profesión habitual por
accidente de trabajo³⁶.

4. GRADOS DE INVALIDEZ DEL DEPORTISTA PROFESIONAL

De conformidad a lo establecido en el marco normativo vigente, el
artículo 136 RDLLGSS la invalidez permanente para el trabajo cualquiera
que sea su causa determinante, es la situación del deportista profesional
que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber
sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcio-
nales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente
definitivas, que disminuyan o anulen su «capacidad laboral». En palabras
que suscribimos de Roqueta Buj, R. «para el TS, lo decisivo para la deter-
minación de una invalidez permanente y del grado correspondiente no es la
mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcio-
nal que provocan y en definitiva su incidencia en la capacidad laboral del
trabajador»³⁷.

No se accederá a la situación de incapacidad permanente, cuando conti-
núe la necesidad de tratamiento médico y la situación clínica del interesado
hiciera aconsejable demorar la correspondiente calificación sin que se
pueda rebasar el límite del período temporal establecido desde la fecha que
se haya iniciado la incapacidad temporal³⁸, y el artículo 136.1 exige que las

³⁵ DE VAL TENA, A. L. y ROMÁN CASTILLO, J. J.: «*La responsabilidad empresarial deriva-
da de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de Seguridad Social: criterios jurispru-
denciales*». Aranzadi Social, vol. I/1996, p. 2724.

³⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 1998 (AS 1998/1587).

³⁷ ROQUETA BUJ, R.: «*La Incapacidad Permanente*». Consejo Económico y Social. Colec-
ción Estudios, núm. 99/2000, Madrid, 2000, p. 24.

³⁸ BENAVIDES VICO, A.: «*Guía práctica de prestaciones de la Seguridad Social*». Editorial Il.lustre
Consell de Col·legis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, Barcelona, 2001-2002, p. 172.

reducciones anatómicas o funcionales graves, sean susceptibles de determinación objetiva y «previsiblemente definitivas». Sin embargo, el criterio de permanencia tropieza con una serie de inconvenientes, principalmente la «extraordinaria versatilidad» del ciclo de estabilización de las lesiones invalidantes, y la incertidumbre consiguiente, a veces durante años³⁹.

En materia de incapacidad se produjo una modificación muy importante con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Racionalización y Consolidación del sistema de Seguridad Social (LCRSS), cuyo artículo 8 recoge que se da nueva redacción al artículo 137 RDLLGSS que clasifica según el porcentaje de reducción de la capacidad para el trabajo del interesado la incapacidad permanente en su modalidad contributiva en los grados de parcial, total, absoluta y gran invalidez; y una correcta valoración de las situaciones de invalidez permanente requiere un examen individualizado de los factores concurrentes, de la conexión entre las lesiones sufridas y el ámbito de las tareas que corresponden a la profesión habitual del trabajador, aquí deportista profesional.

Este grado de incapacidad exige: inhabilitación del trabajador para realizar las tareas fundamentales de su profesión (no es necesario que sean todas pero si las más importantes), y posibilidad de dedicarse a otra profesión distinta (posibilidad real y no una mera utopía)⁴⁰.

Esta definición ha suscitado algunos interrogantes a propósito de la posibilidad de considerar afecto de incapacidad permanente total al trabajador, actualmente en activo en una nueva profesión, que padece lesiones que le inhabilitan para realizar las prestaciones fundamentales de su profesión anterior, y según manifiesta Lujan Alcaraz, J., el problema quedaba reconducido a la definición auténtica de profesión habitual, y conforme a la misma, «se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, dicho de otra manera: «la profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de solicitarse la prestación sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. Y la capacidad laboral a tener en cuenta, es por ello la desarrollada de hecho y normalmente al tiempo del accidente»⁴¹.

³⁹ OJEDA AVILÉS, A.: «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la Seguridad Social». *Revista de Política Social*, núm. 109/1976, p. 42.

⁴⁰ BENAVIDES VICO, A.: «Guía práctica de prestaciones de la Seguridad Social», ob. cit., p. 174.

⁴¹ LUJAN ALCARAZ, J.: «Profesión habitual a efectos de la calificación de la incapacidad permanente total». *Aranzadi Social*, vol. IV/1997, pp. 2663 y ss.

Partiendo de esta indicación básica, y de que el deportista profesional requiere la realización de ejercicios y esfuerzos físicos y movimientos con sustanciales con la práctica del deporte profesional superiores a lo exigido a otros trabajadores ya que si el deportista profesional no es hábil física y funcionalmente para llevar a efecto con profesionalidad y rendimiento suficientes, y de forma continuada y eficaz su actividad profesional, y en cuyo ejercicio, si faltan las condiciones físicas y funcionales indicadas, su práctica resulta inviable y determina en muchas ocasiones la necesidad de su abandono, si los padecimientos padecidos por el deportista profesional, teniendo en cuenta su profesión habitual, ha de estimarse razonablemente, que si no puede desempeñarla con la dedicación, constancia y profesionalidad necesarias; y que, es conocido exige un óptimo estado físico, la lesión deportiva que reduzca gravemente su capacidad para desarrollar su profesión constituye causa de invalidez permanente.

5. UN NUEVO TIPO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: LAS LESIONES DERIVADAS DEL DOPAJE

Queremos en este momento plantear lo que consideramos puede resultar una novedad respecto de un nuevo tipo de accidente de trabajo, el derivado de las lesiones causadas por el dopaje, y que en el caso de los deportistas profesionales nacen de la perniciosa práctica de algunos de ellos de aumentar su capacidad y facultades físicas de un modo artificial, lo cual no sólo constituye un ataque frontal contra la salud pública y psíquica de los mismos, configurando la necesidad de una estructura asistencial para la prevención, asistencia de los graves efectos secundarios, físicos y psicológicos; sino que además se produce falseando tanto la esencia del deporte como la propia competición deportiva⁴².

Es una conducta fundamentalmente antijurídica, pues atenta directamente contra la ética del deporte y contra la propia naturaleza física de la persona con las implicaciones lesivas que comporta⁴³; y la vulneración de estos principios supone un desmoronamiento del propio ideal deportivo⁴⁴ y

⁴² TEROL GÓMEZ, R.: «*Las Ligas Profesionales*». Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 234.

⁴³ El propio Papa de Roma señala que «el deporte puede ser un vehículo de altos ideales humanos, físicos y espirituales cuando se practica dentro del respeto a las reglas, pero también puede desviarse de su auténtico objetivo cuando cede paso a otros intereses, poniendo en cuestión los mismos valores éticos sobre los que se fundamenta la práctica deportiva». Artículo de ROGER JIMÉNEZ en el Periódico «La Vanguardia» de 29 de octubre de 2000.

⁴⁴ ÁLVAREZ-SANTULLANO PLANAS, L.: «La lucha contra el dopaje. Marco legal». Editorial Civitas. *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 1/1993, pp. 87 y ss.

de desnaturalización de la mejora física derivada del deporte, y que tiene lugar, en la mayoría de los casos, con carácter previo a las competiciones, pues es así como se logra que puedan desplegar todos sus efectos en el momento de celebración de las mismas⁴⁵.

Esta conducta es aceptada y en muchos casos fomentada por muchos clubes, no olvidemos que tal y como señala Real Ferrer, G. «en la alta competición los deportistas no son más que la parte visible de un equipo, ningún deportista sólo, sin un equipo detrás, podría destacar lo más mínimo en este mundo cada vez más especializado y sofisticado»⁴⁶, que ven en la presunta «mejoría» física de los deportistas que se encuentran bajo su ámbito de organización y dirección, una «mejora» de sus resultados individuales y colectivos y que según establece Palomar Olmeda, A. «no perjudica a la forma de la prestación laboral sino que incluso, la mejora porque consigue mejores resultados y una optimización física que no es consecuente con las propias facultades»⁴⁷, olvidando el llamado «deber de seguridad» o «deuda de seguridad» de la empresa con sus trabajadores que se configura claramente en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 4.2.d) del RDLET establece que, «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene», derecho que ratifica el artículo 19.1 de la misma Ley diciendo: «El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene»⁴⁸; y dicho precepto lo tenemos que poner en concordancia con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, que en su artículo 14.2, establece que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

Así, entendemos que nos podemos encontrar ante un nuevo tipo de accidente de trabajo, el derivado de un nuevo tipo de accidente deportivo, el de las lesiones causadas por el consumo de sustancias dopantes por parte

⁴⁵ BARBA SÁNCHEZ, R.: «Comentario a la modificación de la Ley del Deporte». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 9/2003, pp. 63 a 85.

⁴⁶ REAL FERRER, G.: «Dopaje: el debate que viene». Colección de Justicia Deportiva, núm. 2/1998.

⁴⁷ En una muy interesante aproximación a la incidencia del dopaje en la relación laboral, y la posibilidad de extinción del contrato del deportista profesional por dopaje en «La incidencia del dopaje en la relación laboral: apuntes sobre una polémica en ciernes». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 11/2004, pp. 199 a 230.

⁴⁸ Entre otras STS de 12 de marzo de 2002 (AS 2002/1391), 21 de diciembre de 1994, 25 de mayo de 1995 (AS 1995/1798), 15 de noviembre de 1995 (AS 1995/4247), 5 de diciembre de 1995 (AS 1995/4606), 10 de abril de 1997 (AS 1997/1288) y 2 de julio de 1998 (AS 1998/2554).

del deportista y causadas por el incumplimiento del deber de protección por el cual el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, con arreglo a los siguientes principios generales:

- a) Evitar los riesgos.
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- c) Combatir los riesgos en su origen. Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. Dar las debidas instrucciones a los trabajadores, etcétera.

Del juego de estos preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, y deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran⁴⁹.

Asimismo entendemos que estas responsabilidades de índole netamente laboral van estrechamente engarzadas con las responsabilidades e implicaciones que pueden ser tanto:

- a) Civiles, dado que aunque la responsabilidad contractual ha de agotarse en cumplimiento del contrato de trabajo deportivo con las previsiones establecidas en dicha legislación social específica y que se extienden al reconocimiento de las correspondientes prestaciones de incapacidad temporal, de una situación de invalidez a que los casos más graves puede dar lugar y al recargo de prestaciones que en atención a la existencia de una falta de medidas de seguridad puede imponerse en dicho ámbito⁵⁰, no se trata además de una decisión de «imperio», y debe recordarse que en el ámbito de la responsabilidad contractual la responsabilidad de la empresa aparece como un supuesto de responsabilidad objetiva ante los eventos dañosos producidos; y es doctrina consolidada que, para el caso de que el daño sufrido por el trabajador no se encontrase cubierto y compensado con dichas prestaciones o derechos nacidos en el seno de la relación de Seguridad Social, como podría ocurrir en el caso de oposición por parte de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en el caso del dopaje por entender que éste es un supuesto de carácter ilícito en la causación de lesiones en el deportista profesional puede éste acudir a otro tipo de acción con base en el artículo 1.902 del Código Civil.

Se ejercitaría una acción distinta que tendría su propio régimen procesal en aspectos tan distintos e importantes como el plazo de prescripción o el

⁴⁹ STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002/1424).

⁵⁰ Según recoge la STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2002 (AS 2002/1435) de 5 de abril de 2000, o la de 30 de junio de 1999 (AS 1999/6124).

de la carga probatoria de la negligencia empresarial en que, en definitiva, se amparan ambas acciones. Es todavía una discusión larga e inacabada en el tiempo entre la doctrina procesalista la que remite a la identificación de cuáles son los elementos que permiten la determinación de la acción que se ejercita⁵¹.

b) Penales, y en este sentido Albin Eser, M. C. J.⁵² señala, y estamos de acuerdo con sus afirmaciones, que el doping es sin duda y en todos los supuestos, contrario a las reglas deportivas, pero será atípico siempre y cuando el deportista, conocedor de todos los efectos, se lo administre él mismo sin conocimiento del club o hasta en casos específicos de deportistas de alto nivel que dependen de federaciones deportivas en el cual está prestando sus servicios profesionales y que tienen además competencias de conformidad con el artículo 16 del Real Decreto 1.467/1997, de 19 de septiembre, sobre deportistas de alto nivel para la pérdida de condición de deportistas de alto nivel por sanción en firme por dopaje⁵³; si éste tuviera conocimiento y no lo impidiera, podríamos considerar que se genera una responsabilidad por parte del club o de la federación como cooperador necesario.

Si, en cambio, se lo administra otro y éste fuera una persona de las encuadradas en el ámbito de organización del club o de la federación deportiva de quien dependa, entonces entenderíamos plenamente responsable laboralmente de las lesiones que se generasen al club o federación, pudiéndose establecer sin ningún tipo de restricción el recargo de prestaciones al club y hasta entonces nos encontraremos ante un supuesto penal de falta o delito de lesiones, incluso mediado su consentimiento. Si además el deportista fue objeto de engaño habrá que apreciar en determinadas circunstancias autoría mediata.

Realmente, se podría considerar que el deportista es el único sujeto pasivo, ya que tiene el control y la responsabilidad sobre su propio cuerpo, pero eso no obvia para que algún otro de los actores en el proceso deportivo, clubes, entrenadores, técnicos, directivos, médicos y otros, puedan conforme a las reglas generales del derecho ser considerados responsables.

⁵¹ Nuevamente STJ de Cataluña de 5 de febrero de 2002 (AS 2002/1435).

⁵² ALBIN ESER, M. C. J.: «Lesiones deportivas y Derecho Penal». «Lesiones deportivas y Derecho Penal». *Revista La Ley*, vol. 2/1990, p. 1130.

⁵³ Como es el caso de la exclusión del deportista Johann Muehlegg Eiband por haber sido sancionado en firme por dopaje, de acuerdo con el artículo 16.b) del Real Decreto 1.467/1997 sobre deportistas de alto nivel, por Resolución de 23 de julio de 2002, del CSD (BOE de 11 de septiembre de 2002).

El actual CP en su artículo 27 recoge que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices, y el artículo 28 recoge que serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejercicio con un acto sin el cual no se habría efectuado, complementándose con el artículo 29 que señala que son cómplices los que, no hallándose comprendidos anteriormente, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. Es por tanto claro, que nos podríamos encontrar con una responsabilidad penal concurrente, cuando entrenador, técnico, médico u otros y el deportista están de acuerdo en que este último se dope; y excluyente para el deportista cuando se le suministran mediante engaño sustancias y grupos farmacológicos prohibidos de dopaje, sin conocimiento de su condición por parte del deportista.

En este sentido señalar que es de social conocimiento que Wolfgang Richter, director técnico de la Federación Catalana de Natación fue condenado por un tribunal de Berlín a un año de prisión con la sentencia en suspenso por su participación en el dopaje de menores de edad en la República Democrática Alemana (RDA) ⁵⁴, asimismo lo han sido Egon Mueller, secretario general de la Federación de Natación de la RDA, Juergen Tanneberger, responsable del equipo femenino del deporte de la extinta República Democrática Alemana (RDA), Manfred Ewald a veintidos meses de prisión condicional y Manfred Hoeppner, exdirector del Servicio de Medicina Deportiva, a dieciocho meses de prisión menor, como principales responsables de la sistemática política de dopaje a que fueron sometidos numerosos deportistas alemanes orientales en los años setenta y ochenta ⁵⁵, todos ellos por suministrar sustancias anabolizantes a los deportistas en general, y a los/las nadadores/as en particular; cuya salud quedó afectada seriamente por culpa del dopaje y las hormonas suministradas, y otros compuestos como pueden ser los esteroides anabolizantes, pueden tener efectos todavía desconocidos en el tiempo, aunque es generalmente conocido que la administración sistemática a los/las deportistas tienen efectos devastadores sobre ellos: en ambos, aumento desmesurado de la musculatura, del crecimiento del vello, y en el caso específico de las mujeres, el cambio de voz y la modificación o desaparición del ciclo menstrual, siendo comunes como efectos secundarios los problemas renales y coronarios, además de agrandar ciertos huesos, como las mandíbulas, debiéndose tener en cuenta que si dejan de tomarse bruscamente, tales problemas pueden verse exacerbados; acarreando en definitiva graves efectos

⁵⁴ Noticia recogida en «La Vanguardia» de 23 de diciembre de 1999.

⁵⁵ Noticia recogida en «El Periódico» de 19 de julio de 2000.

secundarios, físicos y psicológicos⁵⁶, y que podrían además derivar en incapacidades laborales que podrían llegar hasta la gran invalidez.

6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL DOPAJE

Preocupados por el empleo cada vez más difundido de productos y métodos de dopaje entre los deportistas en el mundo del deporte, y por sus consecuencias para la salud de los que lo practican y para el porvenir del deporte⁵⁷, y conscientes los Estados de que el deporte debe desempeñar un papel importante en la protección de la salud, en la educación moral y física y en la promoción de la comprensión internacional, y en el conocimiento de que dicha intervención si se produce de forma fragmentada y descoordinada no serán capaces de lograr una solución, de aquí se intente aprovechar los marcos de cooperación que les ofrecen el Consejo de Europa y la UE para buscarla.

Así, el representante de España firmó *ad referendum* en Estrasburgo el Convenio contra el Dopaje, número 135 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989, conscientes de que los poderes públicos y las organizaciones deportivas tienen responsabilidades complementarias en la lucha contra el dopaje en el deporte y, en particular, en la garantía del buen desarrollo de las manifestaciones deportivas, sobre la base del principio del «fair play» (juego limpio), así como en la protección de la salud de quienes toman parte en ellas.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ya adoptó la Resolución (67) 12 sobre el dopaje de los atletas, la Recomendación número R (79) 8 sobre el dopaje en el deporte, la Recomendación número R (84) 19 relativa a la Carta Europea contra el dopaje en el deporte, y la Recomendación número R (88) 12 sobre el establecimiento de controles antidopaje sin preaviso fuera de competición, con vistas a reducir y, en un plazo determinado, eliminar el dopaje en el deporte, debiéndose coordinar, debiéndose adoptar, según los casos, disposiciones legislativas y reglamentarias o medidas administrativas para reducir la disponibilidad, y en particular, disposiciones encaminadas a controlar la circulación, la tenencia, la importación, la distribución y la

⁵⁶ ARNEO, M. T., RICARTE, J., MARTÍNEZ-SANCHIS, S. y SALVADOR, A.: «Efectos de los esteroides anabolizantes-androgenizantes sobre diversas variables implicadas en el rendimiento deportivo». *Revista de Psicología del Deporte*, núm. 7/1998, pp. 215 y ss.

⁵⁷ Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con el fin de salvaguardar y de promover los ideales y los principios que son su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social.

venta, así como la utilización en el deporte de agentes de dopaje y de métodos de dopaje prohibidos y en particular, de esteroides anabolizantes.

Pero aclaremos ahora qué entenderemos «dopaje en el deporte», y señalaremos que es la administración a los deportistas o la utilización por éstos de clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje; y se entenderá por «clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje» las clases de agentes de dopaje y de métodos de dopaje prohibidas por las organizaciones deportivas internacionales competentes.

En nuestra normativa, el considerado modelo español de represión del dopaje, ha sufrido una amplia evolución plasmada en las sucesivas regulaciones del deporte. En esencia podríamos indicar que dicha evolución tiene como hilo conductor el de la superación de un modelo esencialmente deportivo, esto es, centrado en la regulación por parte de los agentes no estatales (Federaciones deportivas y COI/COE) a un modelo estatal en el marco de una regulación general del deporte. El modelo alcanza no sólo a los aspectos regulatorios sino supervisando la actuación de los agentes deportivos y admitiendo el impulso de oficio ante la inacción o la incorrección de aquéllos⁵⁸ y es un modelo convencional, esencialmente público con fuerte participación del Estado, pero para su operatividad necesita de una conexión directa con el movimiento deportivo⁵⁹.

Así, el artículo 23.9 de la Ley General de Cultura Física y del Deporte de 31 de mayo de 1980, atribuía al CSD la competencia para colaborar con las federaciones en el control de prácticas ilegales en el rendimiento de los deportistas, aunque esta alusión era prácticamente la única que podemos encontrar en la Ley de 1980, que por otro lado, no vincula la utilización de sustancias o métodos ilegales con la potestad disciplinaria general⁶⁰. Hasta el Real Decreto 286/1989, de 17 de marzo, que modifica el artículo 41.3 del Reglamento Disciplinario 642/1984, de 28 de marzo, en su apartado sobre infracciones muy graves, incluyendo el uso o administración de sustancias o el empleo y aplicación de métodos destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas y su negativa a someterse a controles, no contó con norma alguna que reprimiera directamente el dopaje; pero, con la LD se intenta equipar a las legislaciones europeas más avanzadas y cumplir con los compromisos internacionales asumidos.

⁵⁸ PALOMAR OLMEDA, A., RODRÍGUEZ BUENO, C. y GUERRERO OLEA, A.: «*El Dopaje en el Ámbito del Deporte*». Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 39.

⁵⁹ PALOMAR OLMEDA, A.: «*El dopaje en el deporte: un intento de elaborar una visión sosegada y constructiva*». Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

⁶⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: «La intervención del Estado en el control y represión del dopaje deportivo». *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 2/1993, p. 185.

El ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en la LD nos lleva a afirmar, como primera conclusión, que los preceptos contenidos así como las normas que la desarrollen con carácter general (Reglamento de Disciplina Deportiva) o específico (Reglamentos en materia de Control y Represión del dopaje) son de plena aplicación en todo el territorio español, por lo que se configuran como un modelo único aplicable a todas las modalidades deportivas y a todos los hechos deportivos con independencia de quién sea su responsable orgánico o territorial⁶¹; y es por lo cual se dicta el título VIII, denominado control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva, y en cuyo artículo 56, apartado 1, establece que el CSD de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España, y teniendo en cuenta otros instrumentos de este mismo ámbito, elaborará, a los efectos de esta ley, listas de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos, y determinará los métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones, y en su apartado 2 establece una genérica colaboración del CSD, con las Comunidades Autónomas, Federaciones Deportivas españolas y Ligas Profesionales que promoverá e impulsará las medidas de prevención, control y represión de las prácticas y métodos prohibidos a que se refiere el apartado anterior, Bassols Coma, M. señala que «se trata de una función difusa, pero que, en atención al curso de las competiciones, puede tener una significación relevante en orden a estimular al Consejo Superior en estos cometidos»⁶².

Reseñar que por Real Decreto número 112/2000, de 5 de febrero de 2000, se crea la Comisión Nacional para la Protección de la Salud del Deportista, como órgano colegiado de carácter consultivo adscrito al CSD, cuyo objetivo es contribuir a establecer un marco seguro para la actividad deportiva y a crear un modelo adecuado para la mejor protección de la salud de los deportistas, y entre otras funciones, coordinar con la Comisión Nacional antidopaje las actuaciones relativas a las medidas de protección de la salud de los deportistas que participan en competiciones oficiales, proponiendo las medidas para el control y seguimiento médico completo.

De conformidad con el artículo 57 de la LD, se crea bajo la dependencia del CSD la Comisión Nacional «anti-dopaje», que es el órgano de parti-

⁶¹ PALOMAR OLMEDA, A.: «*La intervención del Estado en el control y represión del dopaje deportivo*», *ob. cit.*, p. 182.

⁶² BASSOLS COMA, M.: «*Las Ligas Deportivas Profesionales. Sus relaciones con los clubes y Federaciones Deportivas*». Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clevero Arévalo. Editorial Civitas, Tomo I, Madrid, 1994, pp. 275 y ss.

cipación de los sectores implicados en la lucha contra el dopaje, integrada por representantes de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas; así, por vía de ejemplo diremos que en la Ley del Deporte de Cataluña (RDL 1/2000) del Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya, se establece la Comisión Antidopaje de Cataluña dependiente de la Secretaría General de l'Esport e integrada por representantes del Govern y de la Unión de Federaciones Deportivas de Cataluña, por el Director del Laboratorio de Antidopaje de Barcelona y por personajes de prestigio reconocido en los ámbitos científico, deportivo y jurídico, con las funciones que en el mismo decreto se establecen; de las Federaciones Deportivas españolas, aunque actualmente sólo viene recogida en los Estatutos de:

1. La Federación Española de Balonmano, en Resolución de 22 de septiembre de 1993 del CSD, dice en su artículo 137, que en colaboración con el CSD, la Real Federación Española de Balonmano promoverá e impulsará las medidas de promoción, control y represión de las prácticas destinadas a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas, creándose la comisión antidopaje, por lo cual, todos los atletas con licencia para participar en competiciones de ámbito estatal, tendrán la obligación de someterse, si son requeridos para ello, a los controles determinados por dicha comisión, todo ello de conformidad con la LD, confeccionándose un reglamento sancionador y de control para estos supuestos;

2. Y la Federación Española de Fútbol, que en la Resolución de 27 de diciembre de 1999 del CSD, en su Sección 4.^a, denominada de las infracciones específicas en relación con el dopaje, recoge en sus apartados sobre disposiciones generales, los artículos 141, que señala que los jugadores están obligados a someterse al control antidopaje en los términos establecidos en el artículo 58 de la LD, en la forma y con las garantías reglamentariamente previstas y tienen derecho, en su caso, a solicitar y a que se les practique el contra análisis; y en su artículo 142, que los médicos adscritos a las plantillas de los clubes, por imperio de lo que prevé el artículo 94.1.g) del reglamento general, están obligados a facilitar a los designados por la RFEF para el partido de que se trate, por sí mismos o a través de los delegados o representantes de cada equipo, una relación, por duplicado ejemplar, de los medicamentos que en su caso hubiesen administrado a los futbolistas durante las setenta y dos horas anteriores al encuentro, relación que igualmente se facilitará al árbitro del mismo; asimismo se establece una tipificación de las infracciones, en su artículo 143, por la cual se consideran como infracciones muy graves a la disciplina deportiva las siguientes:

- a) La utilización de las sustancias y grupos farmacológicos prohibidos, así como de métodos no reglamentarios destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los futbolistas o a modificar los resultados de las competiciones;
- b) La promoción o incitación a la utilización de tales sustancias o métodos. Se considera promoción la dispensa o administración de tales sustancias, así como la colaboración en la puesta en práctica de los métodos no reglamentarios;
- c) La negativa a someterse a los controles de dopaje, dentro y fuera de la competición, cuando sean exigidos por los órganos o personas competentes;
- d) Cualquier acción u omisión tendente a impedir o perturbar la correcta realización de los procedimientos de represión del dopaje; y se establecen sanciones a los futbolistas en su artículo 144, sanciones a los clubes en su artículo 145, y sanciones a los dirigentes, técnicos y árbitros; así como que se determina que la eficacia de las sanciones, artículo 147, en aplicación de la normativa de represión del dopaje en cualquier orden federativa, sea internacional, estatal o autonómico, producirán efectos en todo el territorio español; y el procedimiento de control, en el artículo 148, y el procedimiento disciplinario, en su artículo 149 o Ligas Profesionales y por personas de reconocido prestigio en los ámbitos técnico, deportivo y jurídico, en los términos que reglamentariamente se establezcan; y que sin ser un órgano que pueda actuar directamente, tiene importantes funciones en orden a la prevención y control del dopaje.

Asimismo, el artículo 58 de la LD, recoge que todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal tendrán obligación de someterse a los controles previstos en el artículo anterior, durante las competiciones o fuera de ellas, a requerimiento del CSD, de las Federaciones Deportivas españolas, de las Ligas Profesionales o de la Comisión Nacional Antidopaje.

De conformidad con todo ello se dicta el Real Decreto de 24 de enero de 1992, número 48/1992, sobre composición y funcionamiento de la Comisión Nacional Antidopaje, que posteriormente es derogado por Real Decreto de 1 de agosto de 1997, número 1.313/1997, sobre composición y funciones de la Comisión Nacional Antidopaje que surge de la necesidad de reestructurar la Comisión Nacional Antidopaje a fin de dotarla de una mayor operatividad en su funcionamiento, que le permita adaptarse a las necesidades reales actuales, surgidas de la evolución acaecida desde su creación en la normativa internacional y en los aspectos técnicos relativos al dopaje y su control; pero sobre todo, la reestructuración obedece al deseo

de perfeccionar el compromiso internacional asumido por el Estado en la lucha contra el dopaje deportivo.

Anualmente se publica por Resolución del CSD la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte conforme a las competencias establecidas en la LD, que en su artículo 56.1 le asigna la competencia de elaborar la lista de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y de determinar los métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España y teniendo en cuenta otros instrumentos de este ámbito.

En consecuencia se encuentra actualmente en vigor la Resolución de 27 de diciembre de 2004 (BOE de 8 de enero de 2005), que deroga el anexo I de la Resolución de 10 de diciembre de 2003 y que fue modificada por Resolución de 25 de febrero de 2004, salvo el apartado *a)* de la sección I.2.Beta2Agonistas y los requisitos de autorización 1.º a 9.º indicados en la sección II.7, quedando vigentes los Anexos II a VII de la citada Resolución de 10 diciembre de 2003. Dicha evolución se produce con el fin de adecuar dicha lista a los requerimientos internacionales y, en especial, a la nueva lista adoptada para 2005 en el seno del Consejo de Europa, en el ámbito de aplicación del Convenio contra el Dopaje, ratificado por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1992 y de acuerdo con la propuesta formulada por la Comisión Nacional Antidopaje, en el ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 2.b) del Real Decreto 1.313/1997, de 1 de agosto, por el que se establece su composición y funciones, modificado por Real Decreto 255/2004, de 13 de febrero y sobre la base de que se van modificando las circunstancias y los conocimientos han evolucionado, habiéndose derogado anteriormente las Resoluciones de 10 de diciembre de 2002, que derogaba las Resoluciones de 24 de mayo de 2001, modificada parcialmente por Resolución de 2 de octubre de 2001, y las de 21 de marzo de 2000, 16 de marzo de 1999, 16 de marzo de 1998, 11 de febrero de 1997, 25 de enero de 1996 y 26 de enero de 1995.

Debemos reseñar que la forma de combatir el dopaje y de sus resultados perniciosos tanto para el deporte, la competición, así como para salvaguardar la salud del deportista, pasan por la aplicación de un estricto régimen disciplinario que apoyamos sin condiciones, con el establecimiento de un régimen de sanciones que penalicen la infracción en defensa de los intereses que hemos reseñado, y empezaremos señalando que la posición comunitaria, se traduce en una serie de instrumentos en los que se utiliza no un enfoque represivo de las conductas, sino más bien preventivo

de las mismas⁶³. Se pone el acento, por tanto, en las consecuencias negativas del dopaje para la salud de los deportistas, y también a los efectos de evitar que existan diferencias de juicio en lo concerniente a las sanciones que en una misma competición internacional, atletas de nacionalidad diferente que resulten positivos en los controles antidopaje reciban sanciones drásticamente diferentes, ante lo cual, se dirige a crear un movimiento de opinión y de presión cerca de todos los Organismos Internacionales, a fin de que sean examinados los temas siguientes: armonización de los reglamentos de todos los organismos y adopción del mismo código en materia de sanciones; diferenciación de las sanciones según las sustancias absorbidas y las cantidades encontradas; revisión sistemática y periódica de las listas de sustancias, y armonización de los sistemas de control por medio de laboratorios antidopaje, que posean capacidades de análisis idénticos⁶⁴. Sin embargo, la cooperación entre los Estados europeos no resulta suficiente, por lo que es necesario un marco de cooperación nuevo, la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) cuya constitución el 10 de noviembre de 1999 constituía la gran esperanza con la que solucionar un problema que realmente estaba afectando a la imagen del deporte en general⁶⁵, y que es apoyada con firmeza tanto por los Estados miembros de la UE como por las Instituciones Comunitarias⁶⁶, el cual supuso un paso «natural» en el marco de la lucha contra el dopaje, una vez constatada la ineficacia de las respuestas parciales al problema.

La experiencia venía demostrando la necesidad de una respuesta integrada al problema del dopaje deportivo y la Agencia asume como función principal la coordinación y promoción de la lucha contra el dopaje. Esta acción internacionalmente conjunta pero que también debe tener iniciativas individuales en los ámbitos estatales y deportivos, pasa de un control y una supervisión internacional, por parte del COI, a un nuevo modelo en el que el nuevo controlador internacional va a ser la AMA, integrada por los poderes públicos y el Movimiento Olímpico⁶⁷, aunque su articulación organizativa es un tanto compleja permitiendo tanto a las autoridades públicas como al movimiento deportivo un muy amplio margen de acción en el plano de la

⁶³ PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 7/2002/1, p. 20.

⁶⁴ ÁLVAREZ-SANTULLANO PLANAS, L. «La lucha contra el dopaje. Marco legal», *ob. cit.*, pp. 87 y ss.

⁶⁵ PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «El dopaje deportivo en la encrucijada de la Agencia Mundial Antidopaje». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 6/2001, p. 28.

⁶⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea», *ob. cit.*

⁶⁷ RODRÍGUEZ BUENO, C.: «Perspectiva actual de la detección de las sustancias dopantes en el deporte». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 7/2002/1, p. 35.

elaboración de normas, como así hay ocurrido con el Código Mundial Anti-dopaje aprobado en el seno de la AMA el 5 de marzo de 2003, que los Estados asumen un compromiso «moral y político» de cumplir⁶⁸.

El problema de aplicación Código Mundial Antidopaje en nuestro país, que debería realizarse a través de un Tratado Internacional o de la armonización de la legislación interna, ofrece dudas sobre su compatibilidad con el ordenamiento constitucional español, aunque nos pone sobre la pista de una necesidad: la de replantear el marco actual de represión del dopaje deportivo⁶⁹.

En nuestro país, tanto desde la perspectiva de la intervención del Estado en el deporte como desde la perspectiva de las normas deportivas *stricto sensum* el dopaje y los demás métodos tendentes a aumentar artificialmente las capacidades deportivas y que a la larga sólo producen su deterioro, es que resultaran tipificadas como infracciones y sanciones encuadradas en el seno del derecho administrativo, prescindiendo en este momento de la estructura y consecuencias puramente deportivas⁷⁰.

7. LA VIABILIDAD DE INTRODUCIR UNO O VARIOS TIPOS PENALES EN EL MARCO DEL PROYECTO DEL PLAN DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE

7.1 Introducción

Con independencia de la práctica del mismo que cada uno lleve a cabo o de la mayor o menor afición a asistir a espectáculos deportivos por parte de los ciudadanos o incluso de la opinión que pueda merecer el hecho de que cada vez mayor parte de la información que nos suministran los medios de comunicación provenga del deporte, lo cierto es que es innegable que constituye un ámbito muy importante de la realidad social de nuestro tiempo; o si se prefiere en palabras de Real Ferrer⁷¹, se puede afirmar, sin temor

⁶⁸ PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La aprobación del Código Mundial contra el Dopaje: un apunte sobre la política española y la necesidad de su adaptación». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 10/2003/2, pp. 39 a 68.

⁶⁹ PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La aprobación del Código Mundial contra el Dopaje: un apunte sobre la política española y la necesidad de su adaptación», *ob. cit.*, pp. 39 y ss.

⁷⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: «La intervención del Estado en el control y represión del dopaje deportivo», *ob. cit.*, p. 194.

⁷¹ Real Ferrer, G. en el Prólogo a «*Las Ligas Profesionales*» de Terol Gómez, R., *ob. cit.*

a equivocarse, que el deporte es hoy un ámbito de la realidad social en el que se concitan intereses públicos diversos, muchos de ellos merecedores de tutela y aliento por parte de los poderes públicos.

Además resulta acreditado que tiene efectos beneficiosos para la salud ciudadana y además y ya en el ámbito de la profesionalización mueve ingentes sumas de dinero directa e indirectamente ⁷², lo que hace que necesariamente tenga que ser al menos objeto de estudio la vertiente penal que pueda existir en torno al deporte.

El hecho de la absoluta profesionalización de la mayoría de las actividades deportivas, conlleva, ante los innegables beneficios económicos y sociales de dichas competiciones, una mayor presión sobre los denominados deportistas de élite, en el sentido de ser cada vez más prolongadas las competiciones en las que participan y mayor la presión económicosocial para que en las mismas se mejoren los resultados y aumente por tanto, el espectáculo y en suma la satisfacción ciudadana, objetivo último de las mismas.

Es en este marco, donde aparece la peligrosa tentación del dopaje, cuestión a la que dedicamos el presente apartado.

De acuerdo con los datos que suministra la Interpol, en 2003 el tráfico de sustancias ilegales como los esteroides, péptidos, hormonas del crecimiento y complementos nutricionales de todo tipo se ha convertido en una actividad más lucrativa incluso que el tráfico de drogas que podríamos denominar tradicional. Ayudados, además por Internet que les permite crear una fachada legal al ilícito negocio en cuanto también venderían vitaminas o suplementos alimenticios, habrían alcanzado sus fraudulentos autores un beneficio de 16.000 millones de dólares ⁷³.

Frente a lo anterior y sin perjuicio de algunas concretas legislaciones nacionales que analizaremos más tarde, lo cierto es que no existe ni en España ni en el resto del mundo una legislación penal adecuada sobre la cuestión.

Así, a nivel internacional, podríamos decir que la presión a favor de una práctica deportiva profesional limpia se ha ido incrementando a lo largo de los años.

⁷² Sirva como ejemplo de lo anterior que en los Juegos Olímpicos de Atenas, hubo una audiencia televisiva de 3.900 millones de espectadores de más de doscientos países de los cinco continentes.

⁷³ Amén de la consecuencia perversa del dopaje consistente en gastar inmensas sumas que podrían ir destinadas a otro tipo de investigaciones, en la invención de productos no detectables en los diversos tipos de controles establecidos.

En 1989 y en el marco del Consejo de Europa se aprobó el convenio que acordaba la armonización de las políticas públicas y los procedimientos antidopaje seguidos por los Estados signatarios, habiendo entrado en vigor en cuarenta y cinco Estados.

Con posterioridad y tal y como ya hemos señalado en anteriores apartados, en el ámbito de la primera conferencia mundial sobre dopaje en el deporte celebrada en la ciudad suiza de Lausana por iniciativa del COI, se acordó la puesta en funcionamiento de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA), en cuya estructura participan de forma equitativa el COI y los Estados. No obstante, la misma no pasa de ser una fundación jurídica de carácter privado, sometida al ordenamiento jurídico suizo y que curiosamente tiene su sede en Montreal (Canadá).

En el seno de la AMA y tras celebrarse en Copenhague en 2003 la segunda conferencia mundial antidopaje, se aprueba el llamado Código Mundial Antidopaje. Siendo evidente que a pesar de ser un elemento fundamental de referencia para los países que lo acepten a la hora de elaborar su propia legislación, carece de validez jurídica a nivel legislativo un texto dimanante de una entidad de carácter privado, cincuenta y uno de los Estados representados en dicha conferencia, acuerdan en 2005 remitir el citado Código a la UNESCO a fin de que en el ámbito de la misma sea aprobado como Convenio Internacional contra el Dopaje en el Deporte.

A nivel estatal, lo cierto es que a pesar de la participación activa de España en las labores internacionales que hasta el momento hemos descrito, la cuestión sigue regulada por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que en su título VIII, establece la normativa para el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva, la cual dio un claro impulso al normativizar la cuestión, y los Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones para la represión del dopaje y 1.642/1999, de 22 de octubre, de modificación del anterior, pese a lo cual y de acuerdo con el compromiso de tolerancia cero expresado por el actual Gobierno, entendemos que ha llegado el momento de su reforma en el marco de un plan global y coordinado de lucha contra el dopaje, marco en el cuál y a la luz de los principios del Derecho Penal nos corresponde ahora pasar a analizar si la cúspide de la nueva regulación que se propugna puede o no venir constituida por uno o varios tipos penales.

Lo primero a señalar a este respecto es que, dicho análisis debe ser llevado a cabo en un momento en el que la que se ha venido a denominar en terminología de Ulrich Beck que ha hecho fortuna «sociedad del riesgo», está conduciendo a un cierto replanteamiento del Derecho

Penal y de su función, existiendo al respecto diversas posturas doctrinales.⁷⁴

Sentado ello, es evidente que el bien jurídico del precepto que en el presente trabajo propondremos y que con posterioridad trataremos de definir como derecho a la realización de deporte en condiciones de salud, es uno de los que se duda si debiera o no corresponder al Derecho Penal. Uno de los bienes jurídicos que trae consigo la denominada «sociedad del riesgo».

A nuestro juicio, siguiendo en la cuestión a Díez Ripollés⁷⁵, entendemos que el bien jurídico del delito del que nos ocupamos, es uno de los que cabría afirmar que suscita sentimientos en las conciencias o representaciones valorativas en las mentes, constituyendo así uno de los pilares básicos de la utilización legítima de la pena, dado que jugaría un papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos.⁷⁶

Con los problemas que conlleva siempre la necesaria simplificación en un trabajo de esta naturaleza, afirmaremos que son tres las posturas que sobre la cuestión con carácter general se siguen en la doctrina:

A) La postura de los que, como Hassemer y en general toda la Escuela de Frankfurt, consideran que el hecho de que en estos delitos (de bienes jurídicos traídos por la sociedad del riesgo), los jueces no apliquen o lo hagan de la forma más leve posible los tipos penales, o no se incoen los procedimientos que corresponderían por la cifra real de hechos o se capture siempre a «los peces chicos», debe llevar a la consideración de que el Derecho Penal no es el instrumento adecuado para los mismos y por tanto, deben ser excluidos del ordenamiento jurídico-penal y remitidos sin más al Derecho Administrativo en su vertiente sancionadora o no según los autores.⁷⁷

B) Los que como Schünemann, Tiedemann o en España Gracia Martín entienden que el Derecho Penal no puede quedar al margen de la modernización de la sociedad y de los nuevos fenómenos y que a medida que

⁷⁴ Vid. como más relevantes SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «*La expansión del Derecho Penal*». Editorial Civitas, Madrid, 2003 o MENDOZA BUERBA, B.: «*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*». Editorial Civitas, Madrid 2001.

⁷⁵ Díez RIPOLLÉS, J. M.: Actualidad Penal, Enero/2001. pp. 5 y 6.

⁷⁶ Se muestran también de acuerdo con lo expuesto Hassemer, Bustos Ramírez o Cuello Contreras.

⁷⁷ WINFR HASSEMER, «Kennzeichen und krisen des modernen Strafrechts». Zeitschrift für Rechtspolitik, 1992, pp. 1738 y ss., Trad. Muñoz Conde, F. Valencia, 1995.

surgen bienes jurídico-penales, deben ser introducidos en el ordenamiento jurídico-penal.

Estos autores plantean como una de las soluciones para los problemas de aplicación de los delitos de la globalización o sociedad del riesgo una flexibilización de las reglas de imputación en los mismos.

C) Una tercera vía vendría constituida por lo sostenido por Silva Sánchez, J. M.⁷⁸, quién distingue entre delitos conminados con penas privativas de libertad y conminados con otro tipo de sanciones, planteando como irrenunciabiles las reglas de imputación respecto a los primeros y considerando que es en los segundos delitos donde deben o podrían reducirse o flexibilizarse las reglas de imputación.

Aunque el objetivo del presente apartado no es el entrar a discutir el fenómeno de la expansión, restricción o mantenimiento del Derecho Penal, sí diremos que desde estas líneas nos adscribimos a la segunda postura.

Con las limitaciones que necesariamente impone un trabajo de la extensión del presente, ceñido además a un delito concreto, trataremos previo análisis de las cuestiones más relevantes que debería incorporar el tipo que se apruebe, de demostrar como es posible que lleguen a desarrollar los operadores jurídicos una teoría de la imputación para este delito que siendo totalmente respetuosa con las garantías del Estado de Derecho, evite la impunidad de los autores como forma de hacer real y efectivo el derecho al deporte en condiciones de salud tal y como entendemos, puede derivarse de lo que prevé la CE de 1978 en sus artículos 43.1 y 3, cuando señala que «Se reconoce el derecho a la protección de la salud» (lo que evidentemente, no permite la exclusión de la misma en ningún ámbito social) y «Los poderes públicos fomentarán (...) el deporte» (lo que evidentemente por razones sistemáticas y de coherencia legislativa debe ser entendido como fomento del deporte en condiciones limpias y de salud de los profesionales y aficionados que lo practiquen).

Debiendo señalar además que como dice Cazorla Prieto, L. M.⁷⁹ la ubicación del precepto constitucional relativo al deporte en el mismo precepto que el relativo al derecho a la salud, sólo puede entenderse en el sentido de lograr potenciar la salud mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular. Lo que por otro lado, favorecerá nuestra pretensión de que la legislación penal propuesta abarque tanto el ámbito aficionado como el profesional a diferencia de otras de Derecho Comparado que examinaremos con posterioridad.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*

⁷⁹ CAZORLA PRIETO, L. M.: «Comentarios al art. 43.3 de la CE». Editorial Civitas, Madrid, 1985, *cit.* por TEROL GÓMEZ, R. En *op. cit.*, p. 162.

7.2 El bien jurídico protegido

A la hora de tratar de analizar el bien jurídico a proteger en la tipificación penal del dopaje en el deporte, analizaremos de una parte lo que ha dicho hasta el momento la doctrina sobre la materia, lo que cabe deducir de las legislaciones de Derecho Comparado en las cuales ya se ha llevado a cabo dicha tipificación y lo que tangencialmente, en cuanto que directamente no hay tal jurisprudencia, pueda obtenerse de resoluciones judiciales de los Tribunales españoles que se acerquen al estudio de la cuestión.

Así, en cuanto a la doctrina española, la misma no se ha ocupado de la cuestión del bien jurídico, probablemente por el hecho de la inexistencia de una legislación penal específica sobre la materia⁸⁰.

La excepción a dicha regla general viene constituida por Díaz y García Conlledo, M. Éste propone *ab initio* los bienes jurídicos, vida e integridad corporal del atleta, la salud pública y si se admite como un bien jurídico la llamada ética deportiva, o más en concreto, el juego limpio en el deporte y la igualdad en la competición⁸¹. Después procede a analizar dichos posibles bienes jurídicos uno por uno y acaba concluyendo que la vida, integridad física y salud están suficientemente protegidos por los tipos de lesión de los mismos y que por tanto, sólo quedaría la ética en el deporte, a la que no cabría considerar como verdadero bien jurídico en sentido material habida cuenta que no es una condición mínima de convivencia social; abogando, por tanto, por castigar las conductas más graves con todo el rigor y sin ningún corporativismo a través de los tipos ya existentes.

Asimismo, implícitamente, podríamos considerar que Albin Esser⁸² defiende un bien jurídico constituido por la salud pública cuando afirma que el doping será atípico cuando el deportista, conocedor de todos los efectos, se lo administre a sí mismo, sin conocimiento del club o incluso en los casos de deportistas que prestan sus servicios para Federaciones Deportivas con competencias para decretar la pérdida de la condición de deportista de alto nivel por sanción en firme por dopaje, conforme al artículo 16 del Real Decreto 1.467/1997, de 19 de septiembre, casos en los que parece deducirse de su exposición que las citadas federaciones cumplen y se ven

⁸⁰ O también como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Represión y prevención del dopaje en el deporte. Relaciones entre derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal». *Revista Huarte de San Juan*, Pamplona, 1994, p. 114, por el escaso interés que en la doctrina despiertan en general las relaciones entre deporte y Derecho Penal.

⁸¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Represión y prevención del dopaje en el deporte. Relaciones entre derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal», *ob. cit.*, p. 125.

⁸² ALBIN ESSER, M. J. C.: «Lesiones deportivas y Derecho Penal», *ob. cit.*, p. 1130.

exoneradas de cualquier posible responsabilidad penal por la imposición de la sanción ⁸³.

En otros Estados, podemos citar a Tallacchini⁸⁴ que sitúa el bien jurídico en el interés del Estado en que el deporte se lleve a cabo en condiciones de limpieza y de salud para los deportistas, afirmando por ello que es correcto que la ley antidoping italiana 376/00 sancione el denominado doping autógeno o uso de dichas sustancias o métodos por los propios deportistas, y que la misma ha venido a cubrir un vacío normativo.

Por el contrario, en el derecho francés, Tavitian⁸⁵ afirma que la ley francesa de 23 de marzo de 1999, refuerza las sanciones penales contra los proveedores o suministradores de las sustancias pero que en cambio despenaliza el consumo de las mismas sustancias, con lo que existe una contradicción, ya que en el derecho francés está penado el consumo de drogas tóxicas por lo que no se alcanzaría a comprender porqué los deportistas se verían sólo sancionados administrativamente frente al resto de la ciudadanía, lo que le lleva a concluir que no puede predicarse de la legislación antidopaje el bien jurídico de la salud pública.

Desde nuestro punto de vista, en el Derecho Comparado, del que analizaremos las legislaciones italiana, francesa, sueca y noruega ⁸⁶ subyace el bien jurídico al que hace referencia Tallacchini, si bien en la legislación francesa ello no deriva del hecho de la no penalización del uso puesto de manifiesto por Tavitian o al menos no con carácter exclusivo, sino que habría que tener asimismo en cuenta el hecho de que la legislación se aplique única y exclusivamente a deportistas federados o profesionales.

Mención aparte merece la legislación noruega que tendría como bien jurídico la salud pública en cuanto no penaliza el uso o consumo y es aplicable a todo tipo de deportistas.

Así, en Suecia, la legislación data de 1991 por la «Ley de prohibición de ciertas sustancias dopantes».

La misma, no viene configurada como una ley penal en blanco al establecer un listado de a qué sustancias afecta en el artículo 1 de la misma, para con posterioridad en el artículo 3.1 sancionar con pena de hasta dos

⁸³ Es el caso del deportista de alto nivel JOHAN MÜEHLEGG EIBAND, sancionado en firme por dopaje por Resolución del CSD de 23 de julio de 2002.

⁸⁴ TALLACCHINI, M. C.: «Construizioni etico-sociale del doping tra scienza e diritto», Tesis Doctoral, Università Católica del Sacro Cuore di Piacenza e Cremona. 2003.

⁸⁵ TAVITIAN, S.: «Au nom de la loi», Performance & Santé, núm. 3, septiembre de 2003. Aix-en-Provence.

⁸⁶ En el marco del Consejo de Europa también tiene tipificados penalmente estos delitos Finlandia, en el cap. 44 de su CP «Infracciones de las reglas dadas para la protección de la vida, la salud y la propiedad»; pero, no hemos logrado una traducción que nos ofrezca suficientes garantías.

años de prisión al que use dichas sustancias con un tipo atenuado en el apartado segundo que hace referencia a la cantidad de sustancias dopantes o a otras circunstancias en cuyos casos se reduce la pena a un máximo de seis meses de prisión.

En el artículo 3.4 sanciona con pena de dos a cuatro años de prisión las actividades que previamente ha descrito en el artículo 2 (importación, tráfico, producción, adquisición para transferir, venta, posesión o uso) cuando sean graves y dice que deberán ser tenidas especialmente en cuenta si se trata o no de participación en un delito a gran escala, de una gran cantidad de sustancias o de un delito que de cualquier otra manera implique igual peligrosidad.

Regulando finalmente por remisión a los preceptos generales del CP la tentativa y los supuestos de coparticipación.

Por su parte, Noruega ha optado por introducir mediante Ley 55/92 en el CP Noruego que data de 1902 el artículo 10 de la sección 162b para abordar la materia.

Así, en el mismo sanciona con pena de hasta dos años de prisión a los que de manera ilegal manufacturen, importen, exporten, almacenen, vendan o transporten cualquier sustancia que contravenga las prohibiciones hechas por el Rey. Conteniendo un tipo agravado de dos a seis años de prisión para aquellos supuestos de especial gravedad, debiendo ser tenidos en cuenta la clase de sustancia, la cantidad y la naturaleza del delito.

Regula asimismo el tipo imprudente al que curiosamente asigna la misma pena que al doloso básico⁸⁷ y la complicidad, para la que remite a las normas generales.

Por su parte, en Francia, la Ley 70, de 24 de marzo de 1999, en el artículo 27.2 sanciona con pena de cinco años de prisión y multa de 45.000 euros a los que cedan, ofrezcan, administren o apliquen a un deportista que participe en una competición organizada o federada alguna de las sustancias previstas por la ley.

La tentativa tendrá la misma pena y aquellas personas que se opongan al ejercicio de las funciones de su cargo en los médicos habilitados por la ley para detectar el consumo del dopaje, serán sancionadas con seis meses de prisión y 4.500 euros.

La legislación italiana viene constituida tal como adelantábamos por la Ley 376/00, de 14 de diciembre, la cuál en su artículo 9 sanciona salvo que el hecho constituya un delito más grave (tráfico de drogas) con pena de tres meses a tres años de prisión y multa de 2.582 a 51.645 euros al que procure,

⁸⁷ En contradicción con toda la dogmática imperante en Europa que considera la imprudencia menos reprochable, regulación con viejos ecos lombrosianos.

suministre, asuma o favorezca la utilización de fármacos o de sustancias biológica o farmacológicamente activas que no estén justificadas por las condiciones patológicas y sean idóneas para modificar las condiciones físicas o biológicas con el fin de alterar las prestaciones máximas de los atletas o dirigidas a modificar el resultado del control.

Sanciona en el párrafo segundo con igual pena la utilización de métodos prohibidos y en el tercero, aumenta la pena en uno o dos grados en aquellos casos en los que se cause daño a la salud, el deportista sea menor, se trate de competiciones del CONI⁸⁸ o de federaciones.

Merece una breve mención el sistema norteamericano que dictó en 1970 a nivel federal la «Drug Abuse prevention and control Act». Dicha ley comprende una lista de sustancias dopantes que considera como drogas y asimismo establece un especial tratamiento del uso de esteroides anabolizantes estableciendo penas que pueden alcanzar hasta los cinco años de prisión en los casos de tráfico y posesión preordenada para el mismo y multas de hasta 2.500 dólares, legislación que es calificada de draconiana por García Coso, E.⁸⁹

Por último, la Ley del Deporte 20655 de Argentina, castiga con pena de prisión de un mes a tres años a «el que suministre al participante de una competición deportiva, con o sin su consentimiento, estupefacientes o estimulantes que tiendan a aumentar o disminuir anormalmente su rendimiento», llamando la atención como señala Moreno Carrasco, F.⁹⁰ que la misma parece decantarse (lo que sería un supuesto único en el mundo) por aplicar consecuencias punitivas a la conculcación de la legalidad deportiva en vez de optar por la salud.

En cuanto a la jurisprudencia de los Tribunales españoles, la STS (Sala 2.^a Pte. Martín Pallín, J. A.) de 19 de octubre de 1996, deniega la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de enero de 1995, que a su vez había absuelto a J. M. A. P. del delito contra la salud pública (tráfico de drogas) del que venía acusado al haber suministrado a su hijo 47 pastillas de anfetaminas.

Considera la Sala que no es típica la mera posesión de anfetaminas, sin que se entienda acreditado el ánimo tendencial de traficar con ellas o el

⁸⁸ Commissione Olimpica Nazionale Italiana, similar al COE.

⁸⁹ GARCÍA COSO, E., DE LA PLATA CABALLERO, N., FONTÁN TIRADO, R. y DE LA PLATA CABALLERO, J.: «Control jurídico del dopaje: Legalidad y efectividad». Editorial Gymnos, Madrid, 2003.

⁹⁰ MORENO CARRASCO, F.: «Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento». *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 13, Pamplona, 2005, p. 44.

propósito de destinarlas a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de psicotrópicos, luego dicha posesión, no es penalmente reprochable.

Para ello, tiene en cuenta el hecho probado consistente en que el acusado y su hijo utilizaban dichas sustancias como anabolizantes para mantenerse en forma en la práctica deportiva aficionada que llevaban a cabo.

Cabe observar, por tanto, que no es suficiente, en el estado actual de la cuestión a nivel nacional e internacional, la tipificación ordinaria del tráfico de drogas para luchar contra el dopaje.

A sensu contrario, cabría afirmar que sería necesaria una tipificación específica dentro del ámbito del bien jurídico salud pública, relativa al deporte y con los matices que fueren necesarios según la entidad de las conductas y la profesionalización o no de los deportistas finalmente destinatarios o usuarios de las referidas sustancias.

Es decir, el establecimiento de un delito de actividad en dicho ámbito que no obstara a los posibles concursos con delitos de resultado si efectivamente llegara a producirse el mismo contra la salud física o integridad corporal de los deportistas.

Asimismo, habría que analizar brevemente la STS (Sala 1.^a Pte. González Poveda, P.) de 25 de marzo de 1995 que confirma la SAP Barcelona de 10 de septiembre de 1991 en la que se condenaba por intromisión ilegítima en el honor de los actores a la revista L., manifestando que los reportajes en cuestión, se refieren a una cuestión de interés público por su trascendencia social, como es el dopaje en el deporte en general y, más en concreto en el de alta competición, cuestión controvertida entre los especialistas en la materia a la hora de determinar cuáles son los límites de las ayudas médicas que han de prestarse a los atletas mediante el suministro de determinados fármacos o sustancias estimulantes para potenciar artificialmente su rendimiento (pues tal es el significado del verbo dopar, según el Diccionario de la Real Academia) y que ha sido regulada por los organismos rectores del deporte tanto a nivel nacional como internacional mediante la confección de listas de productos cuyo suministro a los deportistas que participen en competiciones se halla prohibido y sancionado, pero ello no legitima para que, al amparo de su tratamiento periodístico, se hagan aseveraciones que excediendo de una adecuada exposición crítica de las opuestas opiniones y actuaciones de los profesionales, atribuyan a éstos prácticas ilícitas consistentes en el suministro por los actores a atletas de cuya preparación están encargados de sustancias prohibidas para conseguir de ellos un mayor rendimiento tanto en sus entrenamientos como en su participación en pruebas oficiales (...).

Es decir, nos encontramos en el ámbito del derecho al honor y la intromisión ilegítima en el mismo, por el hecho de no venir específicamente

penadas dichas conductas, por que de ser así, nos hallaríamos en un proceso penal por calumnias, ya que el TS no duda en tildar las actividades de las que nos ocupamos como ilícitas y el imputárselas a los actores como gravemente atentatorias para su honor.

En el Derecho Comparado, nos parece adecuado señalar la sentencia del Tribunale di Torino de 31 de enero de 2004, Pte. Casalbore, G. en la que condena al médico R. A. del equipo de fútbol Juventus y absuelve al administrador del club A. G. El médico es condenado por el uso de EPO a una pena de 22 años de prisión y 2.000 euros de multa, así como a cuatro años de suspensión para su oficio.

Si a lo anterior, unimos:

1. El impacto y la importancia sociales de las actividades y de los valores que se quieren proteger, el deporte profesional de alta competición, el deporte de base y la actividad física y deportiva del conjunto de la población como opción de ocio saludable, pero también como derecho básico de la ciudadanía, que mejora la calidad de vida de las personas y la obligación a la que hacíamos referencia al final de la introducción, de los poderes públicos a velar por los principios éticos del juego limpio y de un deporte limpio y libre de dopaje que refuerce la convivencia y la cohesión interna de la sociedad.
2. La necesidad de sancionar a los autores pertenecientes al entorno del deportista que intervengan o propicien el dopaje, y que de alguna forma asistan, inciten, contribuyan, instiguen o intenten disimular el dopaje de un deportista.
3. El consenso internacional sobre la necesidad de articular, desde el sector público, medidas punitivas que sancionen las conductas favorecedoras del acceso descontrolado de los integrantes de la comunidad deportiva a productos, sustancias y métodos dopantes.
4. La alarma que genera la percepción social de la insuficiencia de persecución de los que propician el dopaje.

Vemos que se hace necesario tipificar en el ámbito de los delitos contra la salud pública, los delitos contra la salud en el deporte. Siendo además, que en el capítulo del CP relativo a los delitos contra la salud pública se hace referencia a la elaboración de sustancias nocivas, a las conductas relacionadas con los medicamentos, a la alteración o manipulación de alimentos y al tráfico de drogas, nos parece que sistemáticamente es el lugar del CP adecuado para la tipificación de un delito con el bien jurídico que nos ocupa.

No ignoramos que tras afirmaciones como la realizada se levanta necesariamente la polémica sobre la autonomía o la legitimidad de los bienes

jurídicos supraindividuales. Al respecto nos adscribimos al sector doctrinal que afirma su legitimidad y el acierto del legislador al poner el Derecho Penal al servicio de bienes jurídicos que como indicábamos con anterioridad con los correspondientes datos estadísticos la realidad viene demostrando que son especialmente vulnerables, así como que es insuficiente la protección por otros ámbitos del derecho⁹¹. No creemos que ello deba crear especiales tensiones con la definición de bien jurídico en sentido dogmático, pues aunque nos mostremos de acuerdo al menos de manera parcial con algunas modernas tendencias que vienen a señalar que una vez establecido un delito, no resulta difícil establecer qué bien jurídico protege; sigue convenciéndonos más un Derecho Penal concebido a la manera en la que lo hace Mir Puig⁹², es decir, un Derecho Penal protector de bienes jurídicos, entendiendo los mismos como valores nacidos del consenso⁹³ que serían o constituirían un límite al propio legislador, de tal manera que para el caso que nos ocupa en cuanto al objeto del presente trabajo, cabría perfectamente establecer un derecho constitucionalizado a la realización de deporte profesional o aficionado en condiciones de salud⁹⁴.

7.3 Propuesta de conductas típicas

Comenzaremos el epígrafe proponiendo el tipo penal que creemos sería adecuado, así como proporcionado a la gravedad de las conductas, para regular la cuestión, habida cuenta lo que hemos ido apuntando sobre la materia hasta el momento, para analizar con posterioridad uno a uno sus elementos lo que esperamos explicará porqué nos decantamos por este tipo y no por otros posibles.

⁹¹ Con carácter general, CORCOY BIDAOSOLO, M.: «*Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*». Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: «Algunas reflexiones sobre el big crunch en la selección de bienes jurídicos especiales», en Libro homenaje a Cerezo Mir. Editorial Tecnos, Madrid, 2002 o GRACIA MARTÍN «¿Qué es modernización del Derecho Penal?», *idem* que el anterior.

⁹² MIR PUIG, S.: «Derecho Penal. Parte General». Barcelona, 2001, pp. 91 a la 94.

⁹³ Aunque nos parece que deberían siempre los citados valores respetar como límite mínimo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es decir, no nos parece válido un consenso por amplio que sea que no respete dichos derechos humanos.

⁹⁴ No ignoramos que como señala TEROL GÓMEZ, R., *op. cit.*, p. 169, por la inclusión entre los principios rectores de la política económica y social, no puede técnicamente hablarse de un derecho al deporte, pero dichos principios constriñen necesariamente conforme a lo establecido en el artículo 53.3 de la CE a los tres poderes del Estado, por lo que ello nos llevaría a una más amplia discusión sobre que deba considerarse derecho, ¿Sólo los fundamentales, o existen de otro tipo?

El citado tipo penal vendría encuadrado dentro del CP como artículo 367 bis, que recogería en sus apartados:

1. El que elabore sustancias o grupos farmacológicos dopantes, fuera de los casos autorizados por la ley, para destinarlos al consumo ilegal por practicantes de deporte o trafique con los mismos o los suministre a los deportistas, o lleve a cabo con éstos, métodos prohibidos en el deporte, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder por los delitos o faltas en que se hubieren concretado los resultados lesivos debidos a su suministración o práctica.

2. Si las anteriores sustancias o grupos farmacológicos se suministraren a deportistas profesionales o federados o se llevaren a cabo con ellos los métodos prohibidos en el deporte, la pena será impuesta en su mitad superior.

3. Si las mencionadas conductas fueren llevadas a cabo por entrenadores, directores deportivos, médicos, masajistas u otros profesionales sanitarios del equipo del deportista profesional se impondrá a los mismos además de las penas anteriores, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

4. En los casos referidos en el apartado anterior, cuando los mismos fueren de gravedad o afectaren a la mayoría de la plantilla tanto de deportistas como de otros profesionales, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 129 CP.

5. El consentimiento del deportista producirá respecto a los resultados lesivos los efectos previstos en el artículo 155 CP sin que produzca efecto alguno respecto al presente delito.

A) TIPO OBJETIVO

La elaboración incriminaría a todos aquellos que se dedican en laboratorios más o menos complejos a la fabricación de las citadas sustancias o grupos farmacológicos, evitando así el efecto perverso al que hacíamos referencia de desarrollar la investigación en materia deportiva hacia este tipo de conductas con la consecuente pérdida de inversiones y de talento que podría ir destinado a la elaboración de métodos físicos y psicológicos, así como de descanso, recuperación y desarrollo corporal que permitirían la mejora de los resultados deportivos desde un punto de vista estrictamente limpio y comprometido.

Se hace necesario el puntualizar «(...) fuera de los casos permitidos por la ley» en tanto que no todas las sustancias que pueden ser consideradas dopantes lo son de manera exclusiva. Es decir, las hay que tienen usos lega-

les que no pueden por tanto, incluirse o entenderse comprendidos dentro del tenor literal típico. V.gr: Hormonas, diuréticos, analgésicos o betabloqueantes.

Cuando se hace referencia a «trafiquen», se trata de incluir como conducta sancionable no sólo la del laboratorio de origen y la de los inmediatos suministradores al deportista, sea éste profesional (apartado 3 del tipo que comentaremos más adelante) , o no lo sea (encargados de gimnasios, entrenadores de equipos aficionados o simples particulares consumidores de sustancias que incitan a otros practicantes de deporte a su ingestión), sino también la de todos aquellos otros intermediarios que se lucran con tan ilícito comercio ⁹⁵.

Aún siendo conscientes que la restricción que en cuanto a los autores se opera en un tipo como el propuesto, puede dejar fuera del mismo con la consiguiente impunidad algunas conductas y sin perjuicio de lo que resultare de la jurisprudencia que del mismo emanare una vez hubiere entrado en vigor respecto a posibles reformas inclusivas o ampliatorias del mismo, preferimos decantarnos por él y no por un tipo amplísimo como el del tráfico de drogas ⁹⁶ que de acuerdo con la jurisprudencia sobre el mismo provoca que cualquier tipo de conducta participativa sea necesariamente autoría con lo que ello genera respecto a la pena a imponer.

A pesar de lo que venimos manifestando al respecto sobre la necesidad de punición penal de las conductas relacionadas con el bien jurídico que nos ocupa, nos parece algo obvio el que no es comparable socialmente la gravedad para la salud pública de las drogas tradicionales y de las que podríamos denominar drogas deportivas ni esta segunda actividad lleva acarreada la marginalidad que produce la primera y la ingente consecuencia de delitos contra el patrimonio a la que asimismo da lugar. Si relacionamos ello también con las necesarias garantías criminal y penal que debe satisfacer el legislador en protección de los derechos ciudadanos a la hora de legislar delitos y con el carácter fragmentario y de «última ratio» que caracteriza el Derecho Penal, parece más adecuado al menos de momento una política criminal que incrimine las conductas más graves y deje para un ulterior momento la tipificación o no de conductas relacionadas con las anteriores pero de menor gravedad en todo caso.

⁹⁵ Recuérdese, tal y como nos hemos referido anteriormente en otro apartado, en el famoso Tour de Francia, que ganó el difunto Marco Pantani, la intervención por la gendarmería francesa de coches cargados de productos dopantes que aparentemente no tenían relación alguna con los equipos ciclistas.

⁹⁶ Los que ejecuten actos de elaboración, cultivo o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas... (art. 368 CP).

En esta misma línea, debemos añadir dos cuestiones:

a) Pese al esfuerzo argumental desplegado no nos parece adecuado el construir como hace Moreno Carrasco, F. un delito de estafa que tendría como engaño al propio deportista⁹⁷.

b) Tampoco, al modo de las legislaciones comparadas francesa y noruega un delito de falseamiento, manipulación o negativa a someterse a los controles; puesto, que si bien cabría argüir su posible construcción al modo de la desobediencia por la negativa a practicar las pruebas de la alcoholemia, lo cierto es que de una parte nos parece la destrucción de una prueba que deberá tener su adecuada valoración procesal o, en su caso, como delito de obstrucción a la justicia, y de otra, en todo caso no sería coherente con el bien jurídico propuesto.

En cuanto al objeto del delito, los términos sustancias dopantes, grupos farmacológicos dopantes y métodos prohibidos en el deporte, deben ser interpretados de conformidad con lo que establece el artículo 56.1 de la Ley del Deporte 10/1990 de 15 de octubre, el cual asigna la competencia de elaborar la lista de las sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y de determinar los métodos no reglamentarios (prohibidos, por tanto), destinados a aumentar artificialmente la capacidad física de los deportistas⁹⁸ o a modificar los resultados de las competiciones, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España a los que antes hacíamos referencia.

En ejercicio de dicha competencia, el CSD ha dictado la Resolución de 27 de diciembre de 2004 en la que se señala que la misma será de aplicación a los procedimientos de control de dopaje en el deporte que se realicen en las competiciones oficiales de ámbito estatal o, fuera de ellas, a los deportistas con licencia para participar en dichas competiciones.

Desde los puntos de vista de la interpretación del tipo propuesto y del Derecho Penal en general, dos son las cuestiones que debemos plantearnos:

1. ¿Es aplicable por tanto, a efectos interpretativos del delito a otros practicantes de deporte diferentes a los que recoge la citada resolución?
2. ¿Es un reglamento *strictu sensu* la resolución citada? Si la respuesta es afirmativa, problemática general y específica de las denominadas leyes penales en blanco.

⁹⁷ MORENO CARRASCO, F.: «Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento», *ob. cit.*, p. 4.

⁹⁸ Como decía la STS, de 25 de marzo de 1995, que comentábamos con anterioridad, ese y no otro es el significado que atribuye al término dopaje el DRAEL.

Respecto a la primera de las cuestiones, resulta evidente, que al no tener los ciudadanos aficionados a la práctica deportiva relación especial de sujeción alguna con el CSD, a nivel administrativo, no pueden quedar incluidos en la citada normativa. Pero es que, el ámbito, el bien jurídico y el objeto del Derecho Penal y en consecuencia del tipo que desde aquí se propone es más amplio y distinto.

Hemos definido con anterioridad el bien jurídico del delito como derecho a la práctica de deporte en condiciones de salud, por lo que a la hora del mismo, el ciudadano que termine ingiriendo dichos productos o practicando dichos métodos prohibidos, debe ser protegido como titular de un derecho a la salud, sin que el hecho de estar o no federado sea en absoluto relevante a efectos penales aunque pueda serlo a efectos administrativos y entendiendo efectivamente que el desvalor de unas y otras conductas no es el mismo y en aras a la gravedad de las que se llevan a cabo por o sobre deportistas profesionales con la consiguiente alteración de los resultados de las competiciones, se establece un tipo agravado, lo cual no obsta para a efectos interpretativos de qué deba entenderse en la vía penal como una sustancia o grupo farmacológico dopante o un método prohibido en el deporte sea fundamental y un instrumento valiosísimo la citada resolución del CSD y todas aquellas otras que el mismo vaya produciendo en la materia.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, entendemos que la propia atribución o delegación de competencias que lleva a cabo el artículo 56.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, es suficiente para considerar que efectivamente la resolución elaborada al respecto por el CSD podría ser considerada como disposición administrativa de desarrollo de la citada ley. Siendo además que la misma viene suscrita por el Secretario de Estado para el Deporte-Presidente del Consejo Superior de Deportes.

De otra parte, cumpliría con los requisitos que viene exigiendo la doctrina⁹⁹ con carácter general para la consideración de reglamento:

1. El reglamento enriquece el ordenamiento jurídico, aporta algo nuevo al conjunto de normas, las completa, mejora o deroga.
2. El reglamento presenta caracteres singulares que le diferencian de los actos, por ejemplo, la inderogabilidad singular del reglamento.
3. Los reglamentos pueden, a diferencia de los actos, desconocer derechos adquiridos o situaciones anteriores.

⁹⁹ MARTÍN MATEO, R.: «*Manual de Derecho Administrativo*». Editorial Trivium, Madrid 1990, pp. 137 y ss.

Vemos como todas estas características pueden predicarse de la resolución sobre el dopaje del CSD y ello aunque quepa considerar que de acuerdo con la clasificación que lleva a cabo la doctrina de reglamentos según su jerarquía cabría considerarlo como un reglamento emanado de una autoridad inferior.

De otra parte, los Secretarios de Estado, desarrollarán aquellas funciones que les atribuyan las disposiciones en vigor (en este caso la Ley 10/1990 de 15 de octubre, del Deporte) y las que les delegue expresamente el Ministro¹⁰⁰.

Sentado por tanto que la Resolución de 28 de diciembre de 2004, del Consejo Superior de Deportes, puede ser considerada como reglamento a todos los efectos, llega el momento de analizar la cuestión de la norma penal en blanco.

Al respecto tenemos que decir, que el tipo propuesto, contiene el núcleo esencial de la prohibición y por tanto no plantea problemas en cuanto cumpliría con los requisitos que viene exigiendo el Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad de las normas penales en blanco, salvándose así la objeción respecto al principio de reserva de ley.

Siendo además coherente con como se viene legislando en infinidad de materias. V.gr: Delitos ecológicos y la STC de 5 de julio de 1990 (Pte. García Mon F.), es decir, volviendo a lo que ya se sostenía en la introducción del presente trabajo, en un mundo globalizado y en plena discusión sobre la existencia de nuevos riesgos, determinados sectores creadores de peligro para los ciudadanos se hallan regulados prolijamente por la administración o por normativa extrapenal. En dichos casos, parece preferible, recurrir a la técnica de la ley penal en blanco que no enzarzarse en farragosos tipos descriptivos que nunca acaban abarcando la totalidad de conductas punibles.

Habría que plantearse si debe entenderse también admisible el delito en los casos en los que lo que se infringe es la *lex artis*. Cuestión que cabría entender basada, en la posición de garante que asume aquel médico, masajista, entrenador o director deportivo que conoce la nocividad de las sustancias que suministra o los métodos que practica aunque reglamentariamente no estén previstas como sancionables.

A nuestro entender y al margen de las evidentes dificultades probatorias que existirían para demostrar el conocimiento por parte del autor de dicha nocividad, el supuesto es dudoso. La *lex artis* obviamente no es norma de carácter reglamentario que permita integrar el tipo, con lo que la responsa-

¹⁰⁰ ENTRENA CUESTA, E.: «Curso de Derecho Administrativo». Editorial Tecnos, Madrid 1990, p. 119.

bilidad del sujeto puede ser moral o incluso en vía administrativa, pero es difícil considerar que pueda existir aquí una responsabilidad penal en el ámbito del tipo penal propuesto.

Cuestión diferente y que excede al ámbito del presente trabajo es que quepa considerar que se infringe así la norma de cuidado y que cabe hablar por tanto de delito de resultado lesivo por imprudencia grave.

Dentro del tipo objetivo hay que proceder asimismo al análisis de la posibilidad de incurrir en infracción del principio *non bis in idem*.

En primer lugar tenemos que analizar dado que por la autoridad del órgano del que emana hay que considerarla plenamente aplicable a todo tipo de supuestos, la doctrina establecida por la STC 2/2003 de 16 de enero de 2003, que rectificaba la a nuestro entender errónea doctrina anterior (SSTC 177/1999 y 152/2001), estableciendo que el principio *non bis in idem* no se extiende a cualquier procedimiento sancionador, sino tan sólo a aquellos en los que quepa entender que el sujeto se encuentra en situación igual de grave que la de aquel que se halla imputado en un proceso penal.

Lo que se prohíbe, sigue diciendo la resolución del magno Tribunal, es la reiteración de sanciones con el mismo fundamento. Es decir, la nueva doctrina del TC lo que hace (STS de 22 de diciembre de 2003, Pte. Bacigalupo Zapater) es hacer bascular el fundamento del *non bis in idem* desde el principio de legalidad a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En otras palabras, lo que se viene a prohibir a partir de dicha resolución no es la doble sanción, sino el hecho de que dos sanciones por una sola actuación es algo desproporcionado y que no permite, además, al sujeto conocer las consecuencias jurídicas de su actuar desde un principio. Todo ello, claro es, cuando los intereses jurídicos que se protejan con una y otra sanción sean los mismos. Parece que el TC se inclina por dar carta de naturaleza a la doctrina dominante en el Derecho Comparado que viene a afirmar que entre los delitos, las faltas y las infracciones administrativas no existe otra diferencia que la de la consecuencia externa de las mismas que es en todo caso una decisión que debe adoptar el legislador, por lo que, continúa diciendo la citada resolución debe entenderse no violado el principio que examinamos si se tiene en cuenta a la hora de fijar la pena que ya se ha satisfecho una sanción y se procede a descontar la misma en su ejecución.

Al margen de lo discutible que nos parece esta última afirmación, pues no se trata de ir descontando cantidades monetarias, sino de que la sanción penal es efectivamente mucho más grave en cuanto trae o suele traer aparejada la privación de libertad siquiera sea para su suspensión, deja antecedentes penales y en determinados ámbitos sociales posee un efecto estigmatizador del que carece una mera sanción administrativa que ni siquiera tiene por qué trascender a los medios de comunicación; lo cierto es que

el TC ya nos da un primer argumento para considerar que no concurre el *non bis in idem* en el delito que venimos abordando.

La segunda cuestión a plantearse con la STS de 2 de junio de 2002 (Pte. Aparicio Calvo-Rubio) es qué ocurre en aquellos supuestos en los que el sujeto se halla en una relación de sujeción especial con la administración, como efectivamente podría ser el caso de los sujetos activos de este delito, especialmente aquellos supuestos de autores relacionados de una u otra forma con Federaciones Deportivas.

La citada resolución en un supuesto de sujeción especial de un empresario de aceites tóxicos con relación a un delito contra el medio ambiente rechaza la impugnación de la abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal por entender que conforme a la doctrina del TC citada anteriormente, para entender que no se infringe el principio *non bis in idem* no basta con que se compruebe la existencia de relación de sujeción especial, sino que los intereses jurídicamente protegidos deben ser distintos. Basa además, la identidad de interés jurídico protegido y por tanto, de fundamento de las sanciones en que en los preámbulos y exposiciones de motivos de las leyes y decretos que sujetaban especialmente al empresario, se habla de la protección de la vida humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales.

Entendemos, que para obtener el segundo argumento sobre la no concurrencia en el delito objeto de estudio del *non bis in idem* es necesario efectuar una crítica de la conclusión de la citada sentencia. Evidentemente, en los tiempos actuales en los que debido a la globalización y al gran papel que desempeñan los medios de comunicación, la normativa extrapenal y administrativa entraña un amplio marco de decisión política, cualquier exposición de motivos de la misma hará referencia a intereses que motiven a la población y no únicamente a la autotutela de la propia administración, y sostener una interpretación como la que lleva a cabo la sentencia, implica de un lado que se vaciaría el contenido del Derecho Penal en tanto que no serían necesarias las normas penales, pues prácticamente todos los bienes jurídicos protegidos aparecerían mencionados en otra normativa, habida cuenta además que, como se ha analizado en otro sector del presente trabajo, es habitual el recurso a la ley penal en blanco a la hora de legislar y de otro lado, un desconocimiento de los principios que rigen el propio Derecho Penal en tanto éste debe proteger los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

Es decir, en el marco que nos ocupa, no parece que quepa considerar el mismo el fundamento de la sanción administrativa que es la infracción de la normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley del Deporte (Real Decreto 255/1996 de 19 de febrero, de Infracciones y Sanciones) que el de

la pena que como se viene tratando de demostrar a lo largo del presente trabajo, tiene un fundamento mucho más amplio, remitiéndonos a este respecto al apartado que hace referencia al bien jurídico protegido.

B) TIPO SUBJETIVO

Establecido en los apartados anteriores que el tipo propuesto será una norma penal en blanco, delito de peligro abstracto en cuanto que estadísticamente cualquier suministración de sustancias, grupos farmacológicos o métodos prohibidos produce un daño en la salud de los suministrados; que ataca por tanto, a la salud pública en su vertiente concreta de derecho a una práctica deportiva limpia que debe ser fomentada por el Estado en condiciones de tal, entendemos que es válida la jurisprudencia que para el delito tradicional contra la salud pública, el tráfico de drogas, se ha venido elaborando por el Tribunal Supremo.

Seguiremos para su estudio a Moyna Ménguez, J.¹⁰¹ e introduciremos las matizaciones que nos parezcan oportunas.

De acuerdo con las STSs (Sala 1.^a) de 25 de mayo y 9 de diciembre de 1994, 31 de mayo de 1997 y 1 de abril de 2002 comentadas por el citado autor, el elemento subjetivo del tipo vendría dado por la potencial vocación de dedicar al tráfico las drogas o estupefacientes y en nuestro caso las sustancias o grupos farmacológicos dopantes, lo cuál necesariamente conlleva una inferencia que tendrá que apoyarse en las circunstancias del caso concreto, así, la cantidad de droga por encima de los límites que permiten considerar que es para autoconsumo, la existencia de medios o instrumentos para su comercialización, la condición de no drogadicto del detentador, la posesión de sumas de dinero incongruentes con la posición económica del sujeto o la ubicación de la droga u otras circunstancias de la aprehensión.

En nuestro caso y entendido al modo noruego o francés pese a la contradicción que observaba Tavitian que no debe punirse al consumidor final, pero sí al suministrador y que en este caso dichos suministradores es difícil que puedan ser considerados deportistas, siquiera aficionados, parece indiferente que a los mismos se les intervenga mucha o poca cantidad de sustancias o grupos farmacológicos dopantes.

El dolo, sigue diciendo Moyna Ménguez, J. debe abarcar el conocimiento de que la sustancia objeto del delito es un estupefaciente o un

¹⁰¹ MOYNA MÉNGUEZ, J., GÓMEZ GUILLAMÓN, R., LUZÓN CUESTA, J. M., ORTÍZ ÚRCULO, J. C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.: «*Código Penal*», *ob. cit.*

psicotrópico, interpretando dicha cuestión con amplitud por ser de general conocimiento la ilicitud de su tráfico (STS de 20 de enero de 1997).

De otra parte, el dolo debe asimismo abarcar la resolución de ejecutar actos de tráfico.

Señalando, por último con cita de las STSs de 29 de noviembre de 1994, 19 de octubre de 1998 y 28 de enero de 2000 que si bien es posible un error de tipo, no lo es de prohibición.

Respecto a la cuestión del dolo, mostrar nuestro acuerdo con el mismo como conocimiento, pero debiendo tenerse en cuenta que al menos en los profesionales mencionados en el párrafo 3, del tipo propuesto, dicho nivel de conocimiento es superior al del ciudadano medio y por tanto, será mucho más difícil el que a los mismos quepa considerarlos como exentos de responsabilidad y que puedan asimismo incurrir en error tanto de tipo como de prohibición.

De acuerdo con la que nos parece la doctrina más sólida sobre la materia, tendríamos que analizar en este apartado la posibilidad de la concurrencia en el delito que estudiamos del error de tipo, pues coincidimos con Mir Puig en que la misma lo que elimina es el dolo, habida cuenta que el dolo integra el tipo objetivo como conocimiento de los hechos típicos descritos en el mismo.

No obstante, nos limitaremos a establecer las consideraciones que consideramos necesario llevar a cabo sobre el error en general y el estudio concreto también de manera amplia del mismo con relación al tipo propuesto.

Sintéticamente, y sin entrar a desarrollar el error sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cabría definir el error de tipo como aquél en el que incurre alguien que desconoce alguno de los elementos de hecho o de derecho típicos, ya sean por tanto elementos descriptivos o normativos, es decir, desconoce cualquier elemento del tipo y por ello actúa de manera equivocada frente al error de prohibición en el que el autor no ignora dichos elementos pero sí que llevar a cabo los mismos esté prohibido por la ley penal.

Dentro del error de tipo, debemos distinguir entre error vencible o invencible.

Respecto al primero como señala Mir Puig, S.¹⁰², debe ser considerado como una especie de error por imprudencia, habida cuenta que se piensa que atendidas las circunstancias del autor y del hecho éste pudo evitar su comisión (es decir, con el debido cuidado no se hubiera errado).

¹⁰² MIR PUIG, S.: «Derecho Penal», *ob. cit.*, p. 254.

El segundo será aquél inevitable en todo caso por mucho cuidado que el autor ponga en su obrar.

El error vencible vendrá por tanto castigado como imprudencia, lo que en el sistema de crimina culposa vigente en el Derecho Penal español, equivaldrá muchas veces a considerar que quedará impune mientras que el error invencible quedará impune en todo caso.

Sentado el anterior análisis y aplicando el mismo a la conducta típica propuesta, lo primero que hay que descartar en cuanto a la posible concurrencia de un error de tipo, como ya adelantábamos, respecto a los especiales autores del párrafo 3, es la posibilidad de que el mismo sea invencible. La especial cualificación en unos casos y el conocimiento del medio deportivo en otros, hacen de entrada que no quepa alegar que se desconocía por completo qué conductas constituían tráfico, qué son sustancias o grupos farmacológicos dopantes o qué métodos son no reglamentarios o que en todo caso la puesta en peligro de la salud de los deportistas de alta competición o que participan en competiciones organizadas por federaciones no hubiera podido evitarse ni poniendo la diligencia debida por parte del autor, en cuanto que el propio artículo 14.1 del CP en su inciso segundo habla de las circunstancias del hecho y de las personales del autor que como hemos indicado, lo colocan en una posición de superioridad o incluso cabría considerar en determinados supuestos, de garante, que impiden dicho error.

Más complicada se plantea la cuestión respecto a los autores que podríamos denominar no cualificados u ordinarios.

Parece, en principio, que cabría como hemos manifestado respecto a los autores del párrafo 3, descartar la concurrencia de error de tipo invencible, puesto que resulta difícil de imaginar el supuesto en el que un ciudadano que no tenga nada que ver con el deporte (como sería el caso de entrenadores de equipos aficionados, propietarios o encargados de gimnasios o incluso aficionados al culturismo que consuman anabolizantes u otros productos similares), decida elaborar, traficar o suministrar a deportistas sustancias o grupos farmacológicos dopantes.

No obstante, respecto a ese otro tipo de autores no relacionados con el deporte profesional o federado, cabría considerar la posibilidad de un error de tipo vencible en cuanto a determinadas conductas relacionadas de modo indirecto con el tráfico y de prohibición en cuanto a las sustancias que deban conforme a lo mencionado en el apartado dedicado a la norma penal en blanco considerarse como objeto del delito.

Respecto al error de tipo vencible, conforme a lo mencionado en la explicación general, en el tipo propuesto quedaría igualmente impune, al no proponerse por nuestra parte un tipo imprudente como sí hace la legislación noruega, lo que a salvo de ulteriores comprobaciones empíricas, no

parece que dada la restricción de autores y posibilidades a la que aludimos sea grave ni de otra parte que sea necesaria la tipificación imprudente habida cuenta que no son los que nos ocupan delitos que quepa atribuir a una negligencia.

Respecto a la voluntad de ejecutar actos de tráfico, tendrá que inferirse al modo del tráfico de drogas tradicional, si bien deberá ser un elemento muy importante para la realización de la inferencia, al menos en el caso de los deportistas incluidos en el párrafo 2, del tipo el hecho de que el poseedor de las sustancias o grupos farmacológicos sea o no deportista y qué relación guarde en su caso con éstos, como venimos insistiendo con anterioridad.

C) CONSUMACIÓN

Siguiendo en este punto una vez más a Mir Puig, S.¹⁰³, dentro de los delitos de peligro, cabe diferenciar entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

En los primeros, ha estado a punto o muy próxima a producirse la lesión del bien jurídico protegido (se exige un «resultado» de peligro), mientras que en los segundos la sanción se impone porque normal o estadísticamente dichas conductas producen un peligro. Es decir, esta segunda clase de delitos, deben ser sancionados a menos que de antemano esté excluido el peligro sin que quepa en ningún caso remitir la cuestión a la fiabilidad del autor, pues entonces se cometerían muchos de estos delitos en la confianza de que el resultado no se iba a producir.

Aun no siendo éste el lugar más adecuado para ello, ni la nuestra una voz autorizada en la materia, no podemos pasar sobre el asunto, sin realizar algunos comentarios de carácter general sobre la tentativa en los delitos de peligro que trataremos después de aplicar al concreto delito que nos ocupa.

Con carácter general, la doctrina dominante, viene manteniendo (suponemos que con base en la teoría objetiva de las fases anteriores a la consumación, mayoritaria en España) la existencia de la tentativa en los delitos de peligro concreto en cuanto que éstos tendrán un «resultado»: el propio peligro.

Así, Silva Sánchez, J. M.¹⁰⁴ considera que en los delitos de peligro, la tentativa comienza antes que en los delitos de resultado lesivo y pone el ejemplo de aquél que comienza a conducir en sentido contrario.

¹⁰³ MIR PUIG, S.: *op. cit.*, pp. 208 y ss.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «*Consideraciones dogmáticas*». Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 3 y ss.

En su contra se pronuncia Luzón Peña, D. M.¹⁰⁵ que con relación a dicho ejemplo no ve una tentativa del delito contra la seguridad del tráfico en su modalidad de conducción temeraria o del delito del artículo 384 CP y por tanto tentativa de un delito de peligro sino una tentativa de un delito de lesión sin que especifique si debe entenderse tentativa de homicidio o de lesiones.

Más allá va incluso Mir Puig, S., quién a pesar de no formular en su manual una teoría de carácter general sobre la posibilidad o imposibilidad de la tentativa en los tipos de delito de peligro abstracto, sí afirma que ve posible la misma en el delito contra la seguridad del tráfico del artículo 379 CP, poniendo el ejemplo de aquél que completamente embriagado, intenta subir al vehículo con intención de conducirlo¹⁰⁶.

En nuestra opinión, con independencia de que el peligro sea concreto o abstracto, hay que entender que los delitos de peligro lo son de mera actividad o si se prefiere de infracción de un deber normativo. Es decir, serían delitos sin resultado. Así, una vez se pone en peligro el bien jurídico que se protege con el delito, sólo cabría hablar de delito consumado, no ya de tentativa.

Por tanto, en el delito que nos ocupa, no sería necesario ni el ánimo de lucro ni la distribución cuando de elaboración se trate ni en todo caso lesión alguna a la integridad física del deportista que como veremos en el apartado de los concursos se penarían aparte.

Es decir, el bien jurídico protegido derecho a la salud en el ámbito de la práctica deportiva se vería ya lesionado por el inicio de cualquiera de las conductas típicas y no cabría por tanto, la tentativa¹⁰⁷.

D) RESPONSABILIDAD CIVIL

Nos parece obvio, que tratándose de un delito de peligro abstracto no cabe la exigencia de responsabilidad civil, salvo en aquellos casos en los que se produzca un resultado lesivo.

No obstante, la STS de 16 de octubre de 1992, respecto al delito del actual artículo 363 CP contra la salud pública con relación a los géneros

¹⁰⁵ LUZÓN PEÑA, D. M.: «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?». RJCLM, núm. 7, Madrid, 1989, pp. 363 y ss.

¹⁰⁶ Otros autores plantean esta cuestión con relación no a las formas imperfectas sino a la posibilidad de aplicación en el delito de la atenuante o eximente de intoxicación etílica. Así, SILVA SÁNCHEZ, CÓRDOBA RODA u ORTS BERENGUER.

¹⁰⁷ En el Derecho Comparado la única legislación en contrario es la francesa que pena expresamente la tentativa con la misma pena que el delito consumado, pues la remisión a las reglas generales del CP que hace la normativa sueca implica de facto nuestra postura.

corrompidos, señala que deberán resarcirse en la sentencia los gastos que haya originado el comiso de los mismos, doctrina que entendemos podría aplicarse al caso que nos ocupa respecto a los gastos que origine la intervención de grandes cantidades de sustancias dopantes o el desmantelamiento de laboratorios.

Respecto a la responsabilidad civil por los delitos de resultado lesivo, la misma es evidente respecto a los autores del delito, debiendo responder como responsables civiles subsidiarios el equipo sea cual sea la forma jurídica que el mismo adopte y en su caso (atletas, por ejemplo) las Federaciones Deportivas, en cuyo caso y dada su peculiar naturaleza¹⁰⁸ cabría plantearse también la responsabilidad civil subsidiaria del Estado Central o de las Comunidades Autónomas.

Habría que plantearse asimismo la posible responsabilidad civil directa al amparo de lo dispuesto en el artículo 117 CP de las empresas aseguradoras de los equipos profesionales, debiendo añadirse en este punto que no serán válidas las cláusulas que excluyan la responsabilidad civil a favor de los deportistas-trabajadores del mismo al no ser parte en el contrato de seguro, por lo que al no haber pactado expresamente dichas cláusulas, no podrán ser objeto de su aplicación¹⁰⁹.

Cuestión distinta es aquella en la que conforme a lo que establecíamos en el párrafo 5, del tipo propuesto, el deportista presta su consentimiento al suministro de las sustancias, supuesto en el que ya viene regulada una especie de compensación de culpas en el artículo 155 CP en el ámbito penal, por lo que podría producirse la compensación de culpas respecto a la responsabilidad civil total o parcialmente dependiendo del mayor o menor grado de vicio en el consentimiento prestado por el deportista.

E) CONCURSOS

Por último, cuatro son las cuestiones a tratar en el presente apartado.

En primer lugar, la que parece más importante, cómo penar los daños a la salud, integridad física o corporal de los deportistas sean profesionales o aficionados.

¹⁰⁸ Frente a otras posturas minoritarias, compartimos la de GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: «Tratado de Derecho Administrativo». *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1971, que sostiene que las mismas son personas jurídico públicas.

¹⁰⁹ Criterio idéntico fue sostenido ya en 1995 por Gutiérrez Carbonell para los supuestos de delito contra la seguridad del tráfico, habiendo sido comúnmente aceptado con posterioridad por la jurisprudencia. En los delitos contra los derechos de los trabajadores sostiene el mismo criterio Terradillos Basoco.

Como venimos sosteniendo, el tipo propuesto es un tipo de peligro abstracto, por lo que la concreción de los resultados que se querían evitar con su establecimiento pero que desgraciadamente no puedan ser evitados, al afectar a dos bienes jurídicos distintos, deberían ser sancionados a través del concurso ideal del artículo 77 CP entre el delito propuesto y los artículos 142, 152 ó 621.1 CP según los casos ¹¹⁰.

De ahí, la necesidad de incluir en el tipo, la cláusula que hace referencia a «... sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder por los delitos o faltas en que se hubieren concretado los resultados lesivos debidos a su suministración o práctica», para evitar de una parte el citado concurso ideal, siempre más beneficioso para el reo, lo que no parece procedente en una materia de tanta trascendencia como la abordada y asimismo la indeseada consecuencia de tener que obtener los posibles varios resultados lesivos imprudentes también en concurso ideal, lo que limitaría la pena al máximo posible del tipo lesivo.

El ámbito deportivo profesional, precisamente por su carácter asociativo o de equipo se presta especialmente a la obtención de diversos resultados lesivos entre los deportistas o incluso el ámbito aficionado también, pues cabría pensar en la hipotética clientela de un gimnasio, al no resultar lógica la suministración de las sustancias sólo a uno de los deportistas, profesionales o no, sobretodo en el primero de los casos en los que el dopaje se practica para la obtención de mejores resultados deportivos.

En segundo lugar, la Resolución de 28 de diciembre de 2004 del CSD que aprueba la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, establece que «se prohíbe el uso no terapéutico de células, genes, elementos genéticos o la modulación de la expresión génica que tengan la capacidad de incrementar el rendimiento deportivo», lo que provoca la posibilidad del concurso al menos cuando hace referencia a la modulación de la expresión génica con el delito del artículo 159 CP que sanciona con pena de dos a seis años de prisión a aquellos que con finalidad distinta a la eliminación de enfermedades o taras graves manipulen genes humanos de manera que se altere el fenotipo.

Es decir, en aquellos supuestos en los que para obtener una mayor capacidad de incremento del rendimiento deportivo se manipule genéticamente al propio deportista o se le suministren a éste compuestos a base de genes humanos que alteren en ambos casos el fenotipo, la conducta vendría

¹¹⁰ Nos cuesta creer en casos de dolo directo, pese a lo manifestado, si lograre acreditarse el dolo eventual, no habría inconveniente en nuestra formulación en cambiar los tipos por los correspondientes a las lesiones dolosas. Respecto al homicidio, entendemos que queda descartado incluso el dolo eventual.

doblemente incriminada, por lo que de conformidad con el principio de alternatividad que con carácter general se regula en el artículo 8.4 CP sería de aplicación el artículo 159 CP al venir más gravemente penada la conducta, entendemos que sin perjuicio de la punición de los concretos resultados lesivos si se produjeran.

En tercer lugar y respecto a la inclusión en la lista citada de sustancias que asimismo son consideradas estupefacientes o psicotrópicas por los convenios sobre la materia, al tratarse el tipo propuesto y el delito de tráfico de drogas convencional de dos delitos con idéntico bien jurídico, regulados en el mismo capítulo del CP, entendemos que jugaría a favor del delito de tráfico de drogas el principio de absorción igualmente sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder por los posibles resultados lesivos si los hubiere.

Por último, respecto al delito de elaboración o suministro de sustancias nocivas para la salud por quien no está debidamente autorizado, entendemos que el tipo propuesto sería especial respecto al mismo, debiendo, por tanto, ser aplicado conforme al principio de especialidad ¹¹¹.

8. ANEXO I

BIBLIOGRAFÍA

1. Manuales y obras generales

- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Editorial Civitas, 18.^a edición, Madrid, 2002.
- BENAVIDES VICO, A.: *Guía práctica de prestaciones de la Seguridad Social*. Editorial Il.lustre Consell de Col.legis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, Barcelona, 2001-2002.
- BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A.: *Curso de Seguridad Social. (Régimen general y prestaciones no contributivas)*. Editorial Tirant lo Blanch, 10.^a edición, Valencia, 2003.
- CONSO, G. e BARBALINARDO, G.: *Codice Penale e norme complementari*. Dott A. Giuffré Ed., Milano, 2002.
- ENTRENA CUESTA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

¹¹¹ A este respecto MORENO CARRASCO, F.: «Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento», *ob. cit.*, p. 5, lo configura como una especie de tipo básico con apoyo en la SAP Barcelona de 6 de noviembre de 2000.

- GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trivium, Madrid, 1990.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*. Editorial Coppertor, Barcelona, 1998.
- MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas, 3.^a edición, Madrid, 2003.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, 24.^a edición, Madrid, 2003.
- MOYNA MÉNGUEZ, J., GÓMEZ GUILLAMÓN, R., LUZÓN CUESTA, J. M., ORTÍZ ÚRCULO, J. C. y TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *Código Penal*. Editorial Colex, Madrid, 2003.

2. Monografías y poligrafías

- BARBOD VIÑAS, S.: *Anàlisi de la problemàtica del dopatge*. Editorial No Venal, Barcelona, 2002.
- BARRALLO VILLAR, G.: *Doping*. Editorial La Gran, 1989.
- BASSOLS COMA, M.: *Las Ligas Deportivas profesionales. Sus relaciones con los clubes y Federaciones Deportivas*. Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clevero Arévalo. Editorial Civitas, Tomo I, Madrid, 1994, pp. 275 y ss.
- CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo deportivo*. Editorial I.N.P., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- CARRETERO LESTON, J. L. y CAMPS POVILL, A.: *La tributación del deporte en España*. Fundació Barcelona Olímpica. Beca de Investigación (del Deporte y el Olimpismo 1994), Málaga, 1995.
- CORCOY BIDAOSOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- GARCÍA COSO, E., DE LA PLATA CABALLERO, N., FONTÁN TIRADO, R. y DE LA PLATA CABALLERO, J.: *Control jurídico del dopaje: Legalidad y efectividad*. Editorial Gymnos, Madrid, 2003.
- GRACIA MARTÍN: *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en Libro homenaje a Cerezo Mir. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- MENDOZA BUERBA, B.: *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- PALOMAR OLMEDA, A., RODRÍGUEZ BUENO, C. y GUERRERO OLEA, A.: *El Dopaje en el Ámbito del Deporte*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *El dopaje en el deporte: un intento de elaborar una visión sosegada y constructiva*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- PÉREZ LÓPEZ, F. y VILLANUEVA VILLANUEVA, J. L.: «Ponencia sobre Introducción al Derecho Deportivo». Organizada por la Junta de Andalucía y presentada en la Universidad Deportiva de Verano (inédita), Málaga, junio de 1985.

- ROMERO GALLARDO, A.: *Régimen jurídico del Fútbol Profesional*. Monografías Civitas, 1.^a edición, Madrid, 1997, pp. 374 y ss.
- ROQUETA BUJ, R.: *La Incapacidad Permanente*. Consejo Económico y Social. Colección Estudios, núm. 99/2000, Madrid, 2000.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 34 y ss.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Editorial Civitas, 1.^a edición, Madrid, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal*. Editorial Civitas, Madrid, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Consideraciones dogmáticas*. Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- TALLACCHINI, M. C.: «Construções etico-sociale del doping tra scienza e diritto». Università Católica del Sacre Cuore de Piacenza e Cremona, 2003.
- TEROL GÓMEZ, R.: «Las Ligas Profesionales». Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

3. Artículos de revistas especializadas

- ALBIN ESER, M. C. J.: *Lesiones deportivas y Derecho Penal*. Revista La Ley, Vol. 2/1990, pp. 1130 y ss.
- ÁLVAREZ-SANTULLANO PLANAS, L.: *La lucha contra el dopaje. Marco legal*. Revista Española de Derecho Deportivo, núm. 1/1993, pp. 87 y ss.
- ARNEDO, M. T., RICARTE, J., MARTÍNEZ-SANCHIS, S. Y SALVADOR, A.: *Efectos de los esteroides anabolizantes-androgenizantes sobre diversas variables implicadas en el rendimiento deportivo*. Revista de Psicología del Deporte, núm. 7/1998, pp. 215 y ss.
- BARBA SÁNCHEZ, R.: *Comentario a la modificación de la Ley del Deporte*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 9/2003, pp. 63 a 85.
- CABRERA BAZÁN, J.: *La relación laboral de los deportistas profesionales* (En Comentarios a las leyes laborales, dirigida por Borrajo Dacruz, E., Tomo II, volumen I). Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 129.
- CAZORLA PRIETO, L. M.: *Consideraciones sobre el tratamiento del deporte en el sistema tributario español vigente*. Revista Española de Derecho Financiero, núm. 54/1987, pp. 183 y ss.
- DE VAL TENA, A. L. y ROMÁN CASTILLO, J. J.: *La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de Seguridad Social: criterios jurisprudenciales*. Aranzadi Social, Vol. 1/1996, pp. 2691 y ss.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Represión y prevención del dopaje en el deporte. Relaciones entre derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal*. Revista Huarte de San Juan, Pamplona, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. M.: Revista de Derecho Penal, enero/2001.

- DURÁN LÓPEZ, F.: *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*. Revista Relaciones Laborales, núm. 10/1985, pp. 45 y ss.
- FERNÁNDEZ ARIBAS, J.: *Incentivos al patrocinio deportivo. Hacia una nueva perspectiva*. Revista La Ley, Diario, núm. 4645, pp. 1 y ss.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El accidente de trabajo: evolución normativa y tratamiento jurídico comparado*. Artículo publicado en el portal Altavista de Internet, pp. 4 y ss. www.der.es/trabajo/acci2.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: *Profesión habitual a efectos de la calificación de la incapacidad permanente total*. Aranzadi Social, Vol. IV/1997, pp. 2663 y ss.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?». RJCLM, núm. 7, Madrid, 1989.
- MARCOS DEL ÁGUILA, J.: *Detecció del consum d'agents anabolizants*. Barcelona, 2004.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ: *Algunas reflexiones sobre el big crunch en la búsqueda de bienes jurídicos especiales*, en Libro Homenaje a Cerezo Mir. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- MORENO CARRASCO, F.: *Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 13, Pamplona, 2005.
- MÜLLER, A.: *Dopin im sport als srtafbare Gesundheitbeschadigung*. Editorial Nomos, Baden-Baden, 1993.
- NORET, A.: *Le doping*. Editorial Puf, 1986.
- OJEDA AVILÉS, A.: *El concepto legal de invalidez en el régimen general de la Seguridad Social*. Revista de Política Social, núm. 109/1976, p. 42.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La intervención del Estado en el control y represión del dopaje deportivo*. Revista Española de Derecho Deportivo, núm. 2/1993, pp. 177 y ss.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La incidencia del dopaje en la relación laboral: apuntes sobre una polémica en ciernes*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 11/2004, pp. 199 a 230.
- PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *La aprobación del Código mundial contra el dopaje: un apunte sobre la política española y la necesidad de su adaptación*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 10/2003/2, pp. 39 a 68.
- PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *El dopaje deportivo en la encrucijada de la Agencia Mundial Antidopaje*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 6/2001, pp. 25 a 44.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 7/2002/1, pp. 17 a 27.
- REAL FERRER, G.: *Dopaje: el debate que viene*. Colección de Justicia Deportiva, núm. 2/1998.
- RODRÍGUEZ BUENO, C.: *Perspectiva actual de la detección de las sustancias dopantes en el deporte*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 7/2002/1, pp. 29 a 35.

- SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El accidente de trabajo y el amplio concepto de «lesión»*. Comentario a la STSJ del País Vasco del 7 de octubre 1997 (AS 1997,3163). Aranzadi Social, Vol. III/1997, pp. 2586 y ss.
- SOSA MANCHA, M. T. y GARCÍA SILVERO, E. A.: *Acerca del carácter retributivo o compensador de las percepciones económicas de los deportistas profesionales*. Revista Aranzadi Social, núm. 9/2000, pp. 34 y ss.
- SWEENEY, H. L.: *Dopaje génico*. Investigación y ciencia, núm. 336, Barcelona, septiembre de 2004.
- TAVITIAN, S.: *Au nom de la loi*, Performance & santé, núm. 3, septiembre de 2003, Aix-en-Provence.
- VENTAS SASTRE, R.: *Una aproximación al tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas*. Revista Jurídica del Deporte, núm. 13/2005/1, pp. 25 a 44.

SOBRE LAS TRIBULACIONES DEL BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

JUAN JOSÉ BEGUÉ LEZAUN

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN.—I. NOCIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO: I.I *El concepto de bien jurídico y su importancia en la teoría jurídica del delito*. I.II *Sus funciones en el Derecho Penal*. I.III *La posición del Tribunal Supremo*.—II. LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN: II.I *El bien jurídico proclamado*. II.I.I La consolidación de la libertad sexual. II.I.II Las reformas del siglo XXI. El silencio del legislador. II.I.III El influjo supranacional. II.II *La libertad sexual en la doctrina española actual*: II.II.I Concepto y fundamentos de su especialidad. II.II.II Posición en cuanto a su unidad: II.II.II.I La indemnidad sexual como bien jurídico de carácter dinámico. II.II.II.II La libertad sexual como categoría omnicomprensiva. II.II.II.III El influjo de la moral social. II.III *La Jurisprudencia y su evolución*: II.III.I El binomio libertad/moral sexual. análisis de una disociación compleja: II.III.I.I De la honestidad a la libertad sexual. Sucinto brevuario de una evolución. II.III.I.II La función interpretativa de la moral sexual.—III. EL MARCO JURÍDICO TRAS LAS REFORMAS OPERADAS POR LAS LEYES ORGÁNICAS 11 Y 15/2003: III.I *La Ley orgánica 11/2003 y la resurrección del rufianismo*. III.II *La Ley Orgánica 15/2003 y el tratamiento de la pornografía infantil*: III.II.I Reflexiones sobre la libertad sexual y la trascendencia del consentimiento. III.II.II Especial referencia a la pornografía virtual. El delito sin víctima.—IV. CONCLUSIONES.

0. INTRODUCCIÓN

Afirma Mir Puig ¹ que todo Código Penal es la expresión, más o menos acertada, de un programa de política criminal determinado, siendo una de las funciones esenciales del mismo la selección o concreción de los bienes que deben ser protegidos bajo la amenaza de la pena y cuya fijación dependerá de los intereses y valores del grupo social que, en el momento de su redacción, ostente ² el poder político. Así, continúa afirmando el autor citado, los Códigos Penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos.

La tesis expuesta, con la que sin esfuerzo puede convenirse, nos muestra cómo en la base de todo cambio legislativo en el ámbito del derecho penal subyacen unos intereses o valores concretos que, de forma más o menos reconocida o, si se prefiere, confesable, son propugnados como necesitados de salvaguarda a través del Derecho Penal. Ahora bien, si la concreción o determinación de los bienes jurídicos es cuestión de naturaleza esencialmente mudable, parece cabal afirmar que tal nota característica habrá también de predicarse de la extensión y límites con que tales bienes jurídicos habrán de ser protegidos, por lo que, con carácter general, bien puede ser afirmado que los valores del grupo social y, especialmente, su mutación, tienen una especial incidencia en relación con los bienes jurídicos elevados a tal categoría por el Derecho Penal, incidencia que, como más adelante ampliaremos, se manifestará en dos planos. Así, de una lado, los intereses y valores del grupo social condicionarán la determinación

¹ *Derecho Penal parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002, pp. 159 a 166.

² Término que preferimos al de «detentar» empleado por el autor.

misma del bien jurídico que ha de ser protegido y, al mismo tiempo, tendrán un influjo definitivo en la concreción de aquellos ataques frente a los que ha de serlo.

La recién aludida doble incidencia de los que hemos llamado hasta ahora «valores sociales», no es sino consecuencia del carácter fragmentario del Derecho Penal, carácter que bien puede sintetizarse en la definición que Rodríguez Mourullo proporciona al afirmar que el Derecho Penal se caracteriza por proteger, a través de la pena y la medida, los más fundamentales valores del orden social, frente a aquellos ataques que, desde el punto de vista de la convivencia social, aparecen como más intolerables³. Ahora bien, al propio carácter fragmentario del Derecho Penal resulta inherente, a modo de presupuesto esencial, que los que estamos llamando, con Rodríguez Mourullo, «valores sociales», a los que alude Mir Puig con los términos «intereses y valores del grupo social», no sean meras banderas enarboladas a cuyo socaire se sirva a intereses no declarados, sino que tales valores o intereses, elevados a la categoría de bienes jurídicos, puedan ser observados con nitidez tras las normas que incriminan aquellas conductas que, precisamente, los lesionan o ponen en peligro. Tal correspondencia íntima, tal comunión entre aquellos valores o intereses que debieran ser protegidos y los que, finalmente, lo son, se ve desdibujada, cuando no eliminada, en más ocasiones de las deseables.

Es una apreciación tan actual como extendida, por susceptible de ser realizada por cualquier observador del Derecho Penal, que la función hoy atribuida a la Ley Penal ha experimentado una evolución escasamente deseable hacia la asunción del papel de código moral de la sociedad en un contexto de juridificación de cualesquiera conflictos sociales⁴. Así, al examinar las concretas conductas incriminadas y tratar de descubrir en ellas la lesión o puesta en peligro de ese interés o valor social dominante en el contexto en que ha de ser aplicada, veremos, en ocasiones, que el bien jurídico que se dice protegido no es considerado socialmente como un interés o un valor que deba ser tutelado con la intensidad que el Derecho Penal lo hace, pudiendo observarse, en otras, que lo pretendido con la norma penal es un fin, al menos en parte, diverso al que puede ser inferido del contexto en que se encuentra⁵.

³ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal parte general*, Civitas, 1978, p. 19.

⁴ Al respecto, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, en el artículo «Un modelo dinámico de legislación penal», incluido en la obra conjunta homenaje a José Cerezo Mir, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, 2003, pp. 291 y ss.

⁵ Un ejemplo de lo primero sería, dentro de los delitos relativos a la ordenación del territorio, la conducta incriminada en el artículo 319.2 del Código Penal. Manifestación de lo segundo lo es el ilícito del artículo 318 bis, precepto en que, bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, parece subyacer una concreta política en materia de inmigración.

Constituye el objetivo esencial del presente estudio evidenciar que, en determinados ilícitos ubicados sistemáticamente en el título VIII del libro II del Código Penal, fundamentalmente tras las reformas operadas en la segunda mitad del año 2003, resulta enormemente complejo hallar atisbos de lesiones o puestas en peligro de la libertad o la indemnidad sexual, al menos en la forma en que esta viene siendo concebida por un importante sector de la doctrina patria y la práctica totalidad de la Jurisprudencia. Pretendemos, en definitiva, mostrar cómo las puntuales e inconexas reformas legales operadas en el citado ámbito del derecho penal sustantivo han tenido lugar, según la tesis que defenderemos, a espaldas de la natural mutabilidad de los intereses y valores del grupo social a los que hemos hecho referencia, evidenciándose, en consecuencia, la desde este momento afirmada necesidad de revisar, o, cuando menos, reconsiderar los planteamientos doctrinales en relación a la identidad del bien jurídico objeto de protección en las conductas incriminadas bajo la rúbrica de «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

Con el objeto de afrontar la tarea anunciada, que afirmamos consecuencia de una sobrevenida disociación entre legislación, de un lado, e intereses y valores del grupo social, de otro, procederemos, en primer lugar, a realizar algunas consideraciones generales en relación al concepto de bien jurídico en el marco del Derecho Penal, para, a continuación, analizar las posiciones más recientes⁶ sostenidas en la doctrina y Jurisprudencia patrias en relación al bien jurídico protegido, con carácter general, bajo la rúbrica del título VIII, del libro II del Código Penal. En el decurso de tal análisis, prestaremos especial atención a dos cuestiones de singular relevancia, cuales son, de un lado, el problema de su unidad o pluralidad y, de otro, el atinente a las implicaciones morales, tanto individuales como colectivas, en la incriminación de determinados comportamientos por los que el legislador ha optado.

Una vez hayamos perfilado en la forma dicha la identidad y concepción, tanto doctrinal como Jurisprudencial, del bien jurídico objeto de protección, nos centraremos en el análisis de las últimas reformas operadas en materia de prostitución y corrupción de menores y, en concreto, en las conductas introducidas tanto por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, como por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*. Al examinar

⁶ Por razones estricta y necesariamente derivadas del contexto en que el presente estudio se sitúa, analizaremos los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos y ulteriores a la reforma operada en el título VIII, del libro II del Código Penal por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, si bien, como es lógico, habrán de ser efectuadas algunas consideraciones, aun cuando de forma breve, relativas a la construcción doctrinal y jurisprudencial de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección.

tales conductas, mostraremos cómo los valores o intereses que aparecen protegidos, por ejemplo, en el resucitado proxenetismo, pueden llegar a entrar en conflicto con los valores e intereses que rigen en la sociedad misma en que tal norma pretende ser aplicada, creándose, de tal modo, una disociación sobrevenida que, como defendemos, podría ser corregida a través de una reconsideración sobre la identidad del bien jurídico protegido en tales ilícitos o, cuando menos, de la extensión con que el mismo ha de ser objeto de protección.

Una vez sea recorrido el camino sucintamente expuesto en las presentes consideraciones introductorias, nos encontraremos en situación de afirmar, en las conclusiones del presente análisis, que determinados supuestos incriminados en las últimas reformas del Código Penal, de mantenerse la actual concepción dominante de la libertad sexual como bien jurídico protegido en tales ilícitos, deberán quedar sin sanción, ello, como se vera, por carecer algunas de las conductas que caerían en su hipótesis típica del necesario contenido de antijuridicidad material, antojándose precisa, si ello pretende ser evitado, una reformulación del contenido y dimensión del bien jurídico mismo.

I. NOCIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Desde el momento en que uno de los objetivos fundamentales de nuestro estudio es intentar evidenciar la necesidad de reconsiderar la extensión y límites o, si se prefiere, la dimensión del bien jurídico protegido en algunas de las conductas que aparecen incriminadas bajo la rúbrica del título VIII del libro II del Código Penal vigente, se antoja preciso, antes de acometer la esencia misma del presente trabajo, que expongamos la líneas maestras relativas al concepto, contenido y funciones de aquello a lo que se alude, en el seno de la teoría jurídica del delito, con la locución «bien jurídico».

Las consideraciones iniciales que nos disponemos a efectuar, por mor del contexto en que se sitúan, tendrán un carácter general, escapando, como puede comprenderse, a pretensión alguna de exhaustividad. Ahora bien, ello sin caer en la inexcusable ligereza de obviar los posicionamientos doctrinales más extendidos e intentar, partiendo de su definición, concretar cuál de ellos subyace en la jurisprudencia actual. De tal modo, con las limitaciones anunciadas, y tras referir brevemente los orígenes del concepto de bien jurídico en el Derecho Penal, haremos alusión a las dos concepciones

clásicas sobre su creación, observando cómo, según la concepción que asumamos, las funciones que al bien jurídico son asignadas en el ámbito del Derecho presentan una extensión ciertamente diversa.

Sentadas las líneas que acaban de ser enunciadas, será el momento de examinar la posición de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, con carácter general, sobre el concepto y funciones del bien jurídico en el Derecho Penal actual, posición que será mostrada a partir de los posicionamientos expresados tanto en las propias Sentencias del Alto Tribunal, como en los Acuerdos más recientemente adoptados.

I.1 El concepto de bien jurídico y su importancia en la teoría jurídica del delito

El concepto de bien jurídico, como elemento a considerar en el Derecho Penal, fue una creación reactiva. En efecto, según las concepciones pre-ilustradas del concepto de delito, este no era sino infracción de normas éticas o divinas, según la peculiar concepción y, por supuesto, escuela penal a la que se siguiese. De tal modo, resultaba ajeno a la esencia del delito la lesión del interés material de un miembro de la sociedad en que, precisamente, tenían vigencia las normas penales.

Frente a tales posiciones, afirmará Hassemer ⁷ al desarrollar su teoría sobre la «dañosidad social», surgirá una concepción del Derecho Penal como derecho de protección de bienes jurídicos, sosteniendo el autor citado que la conducta humana solamente podrá ser injusto punible en la medida en que lesione un bien jurídico. Nace así el concepto de bien jurídico, como un planteamiento liberal y garantista que, en definitiva, es el que ha de inspirar un Derecho Penal con auténtico carácter fragmentario al que sean inherentes los principios de intervención mínima y de prohibición del exceso.

El bien jurídico, indudablemente, ostenta un papel esencial en el marco de la teoría jurídica del delito ⁸, por lo que, parece lógico, al análisis de su concepto y funciones convendrá aproximarse situándolo previamente en dicha teoría.

Bien puede ser definida la teoría jurídica del delito como aquella que tiene por finalidad esencial la determinación de cuáles sean los elementos

⁷ *Fundamentos del Derecho Penal*, Winfried Hassemer, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, pp. 36 a 39.

⁸ Ello es así afirmado, entre muchos otros, por JESCHECK, en *Tratado de Derecho Penal*, parte general, Traducción de Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Comares, 1993, pp. 231 a 234; BUSTOS y HORMAZÁBAL en, *Lecciones de Derecho Penal I*, Trotta, 1997, p. 138; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, en *Derecho penal, parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 43 a 46.

con los que una conducta ha de contar para, precisamente, ser así considerada, tarea a la que seguirá la definición y análisis del contenido de cada uno de tales elementos integrantes. Es tradicional el consenso⁹ relativo a la definición del delito como comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, siendo exigido por algunos, además, que sea punible. Ahora bien, el que exista un consuno sobre los elementos que integran el delito no implica, como es conocido, que tal consenso se extienda en relación a su concreto contenido. Efectivamente, las posiciones doctrinales al respecto son tantas como concepciones del sistema penal existen; ahora bien, pese a las divergencias existentes, sí puede ser apreciado un cierto convenio doctrinal en relación con el momento en que el análisis del bien jurídico cobrará una especial importancia. En efecto, aun cuando el concepto mismo de bien jurídico es un concepto con entidad diferenciada de los elementos aludidos, el mismo cobra un papel fundamental a la hora de analizar la antijuridicidad de una determinada conducta¹⁰. Se antoja así preciso el efectuar aquí un esbozo de las líneas maestras de la antijuridicidad como elemento del delito, limitándonos, por razón del concreto y reducido ámbito de nuestro estudio, a enunciar los rudimentos sobre el contenido de tal elemento esencial del delito.

Puede tildarse de unánime la postura actual de la doctrina relativa a que la antijuridicidad, como elemento del delito, evidencia un aspecto formal y otro material, siendo el primero la contradicción con el derecho expresada y determinada por la tipicidad penal, y el segundo, la antijuridicidad material, la constatación de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico¹¹.

A su vez, el contenido de la vertiente material de la antijuridicidad, superadas posiciones decimonónicas netamente objetivistas, aparecerá integrado por los desvalores de acción y resultado, siendo este el de la puesta en peligro real o potencial del bien jurídico en la conducta enjuiciada, y aquel la peligrosidad potencial de la conducta *ex ante* para dicho bien jurídico protegido. A partir de tal momento, esto es, a la hora de dotar de contenido a la antijuridicidad material, analizar los desvalores de acción y resultado, así como la existencia de una vertiente subjetiva en la antijuridi-

⁹ Entre otros, BUSTOS Y HORMAZÁBAL, en *Lecciones de Derecho Penal II*, Trotta 1999, pp. 15 a 19; MIR PUIG, en *Parte general de Derecho Penal* Barcelona, 2002, pp. 141 y ss; también COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, 1995, quienes incluyen el elemento punibilidad en la definición de delito, p. 230; CEREZO MIR, «*Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*» 6.ª edición, Tecnos, 2001, pp. 18 a 23.

¹⁰ Ello lo mantienen, entre otros, Mir Puig, Bustos, Hormazábal, Conde Pumpido, Luzón Peña, Cobo del Rosal y Vives Antón.

¹¹ Así lo afirman, por ejemplo, BUSTOS, MUÑOZ CONDE, TAMARIT SUMALLA, CONDE PUMPIDO, HORMAZÁBAL y MIR PUIG.

cidad, las posiciones doctrinales varían ¹². Ello, no obstante, no tendrá aquí trascendencia por cuanto lo que nos interesa, a los fines del presente estudio, es que el momento en que adquiere un papel fundamental el concepto del bien jurídico es, como decimos, el momento del análisis de la antijuridicidad de la conducta, ello por cuanto es en ese preciso instante en el que, para comprobar si existe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (tanto potencial, *ex ante*, como real, *ex post*) deberemos definir con claridad qué entendemos por tal.

Una vez constatado el lugar exacto en que cobra importancia decisiva el análisis del bien jurídico, hemos de ocuparnos de su concepto, funciones y, por último, concretar la trascendencia que le concede nuestro Tribunal Supremo al analizar una conducta en que, siendo típica (antijurídica formalmente), falta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la norma (la antijuridicidad material).

Doctrinalmente, el concepto de bien jurídico es empleado en dos sentidos nítidamente diferenciados, sentidos que Mir Puig ¹³ denomina «político criminal» y «dogmático». El primero de ellos identifica el bien jurídico con, en términos del autor citado, lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal, aludiendo la segunda concepción esto es, la que hemos llamado dogmática, al objeto de la tutela jurídica. Veamos con algo más de extensión tales concepciones que, como veremos, no son visiones incompatibles.

El concepto político criminal de bien jurídico, al identificar este con lo único que merece ser protegido por el derecho penal, vincula o, si se prefiere, identifica el concepto de bien jurídico con la esencia misma del Derecho Penal como derecho de mínimos. Así, la dignidad de protección del bien como presupuesto para ser elevado a la categoría de bien jurídico por el Derecho Penal entronca con su carácter fragmentario, nota expresada en la protección de los más fundamentales valores del orden social frente a los ataques más intolerables ¹⁴. Estamos ante un concepto, sin lugar a dudas, *de lege ferenda*. Tal concepción de bien jurídico es la que se asume cuando, al analizar el principio de intervención mínima inherente al Derecho Penal, se dice que un bien, para ser elevado a la categoría de bien jurídico, ha de ser digno, susceptible y estar necesitado de protección ¹⁵. Digno de protección en tanto

¹² Las genéricas líneas expuestas son mantenidas, entre muchos otros, por MIR PUIG, en *Derecho Penal, parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002, pp. 152 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Derecho Penal, parte general*, Civitas, 1978, pp. 22 a 24; y LUZÓN PEÑA, en *Curso de Derecho Penal, parte general I*, Universitas S.A., 1996, pp. 329 y ss.

¹³ *Derecho Penal, parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002, pp. 162 y 163.

¹⁴ Vide cita número 3.

¹⁵ Entre otros, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN en «*Derecho penal parte general*», 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 72 a 83, CONDE PUMPIDO, citando a M. E. Mayer, en *Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura*, Colex, 1996, pp. 73 y ss.

que exista una conciencia social extendida sobre la importancia y valor del mismo. Susceptible de protección en tanto que el Derecho Penal pueda, realmente, otorgar cobertura o amparo al bien en cuestión, revelándose útil el castigo de las conductas que lo lesionen o pongan en peligro. Finalmente, necesidad de protección supondrá que, atendido el carácter fragmentario del Derecho Penal, no exista otro sector del ordenamiento jurídico que se muestre capaz o idóneo para proteger de manera eficaz bien de que se trate.

Junto al concepto político criminal expuesto, encontramos la concepción dogmática de bien jurídico. Bajo el prisma dogmático, el bien jurídico es definido como el objeto ¹⁶ efectivamente protegido por la norma penal, y ello con total independencia de que tal objeto, utilizando los términos de la primera de las concepciones expuestas, sea digno, susceptible o se encuentre necesitado de protección. Esta concepción se basa, en cierta medida, en la anterior, toda vez las normas penales, *de lege data*, tutelan intereses, o pueden hacerlo, que adolecen de la debida importancia inherente al principio de intervención mínima del Derecho Penal, por lo que deben tener cabida, cómo no, en el concepto de bien jurídico penal como todo aquel bien protegido por el Derecho Penal.

Hemos dicho que las concepciones a las que acaba de ser hecha somera alusión no son absolutamente incompatibles, algo que bien puede ser evidenciado al poner como ejemplo el artículo 138 del Código Penal, precepto en que se protege la vida humana, y que es, sin duda, bien que merece ser protegido por el derecho a la par que bien protegido por el derecho. Es más, cuanto menor sea la distancia existente entre la concepción político-criminal del bien jurídico y su concepción dogmática, esto es, cuanto más se aproximen el ser y el deber ser, mayor será el grado de realización por el derecho positivo del ideal político criminal.

Parece adecuado referir aquí que en la esencia de la diferenciación de las dos concepciones sucintamente comentadas, como recuerda Luzón Peña ¹⁷, subyacen las dos posturas, esta vez irremediablemente enfrentadas, sobre lo que podríamos denominar el nacimiento del bien jurídico, posiciones que, con el autor citado, serán expuestas brevemente.

Aquellas que llamaremos *positivistas o inmanentes*, y que identifican el bien jurídico con todo aquel objeto, sea material o inmaterial, al que la ley penal, a través de la codificación, otorga tal categoría. Según tal tesis, los bienes jurídicos no tendrían existencia previa a su inclusión en el Código Penal, estando indisolublemente unidos a la norma penal y, precisamente,

¹⁶ Aquí el término objeto será abstracción comprensiva de «interés», «valor», «derecho», «bien», etc.

¹⁷ *Curso de Derecho Penal. parte general I*, Universitas S.A., 1996, pp. 326 y ss.

creados por ella. Dicho en otras palabras, el catálogo de bienes jurídicos es cerrado y delimitado por su inclusión en el Código Penal. Sólo la ley penal, a través de la tipificación, determina qué objeto, valor o interés tiene el carácter de bien jurídico. Así, al tratar de definir qué es bien jurídicos incurrimos en un círculo sin fin, ello merced a que si la norma penal únicamente protege bienes jurídicos, los bienes jurídicos serán únicamente aquellos que sean protegidos por la norma penal.

El posicionamiento examinado, cuya elaboración es atribuida a Binding, ha de ser puesto en relación con la concepción dogmática de bien jurídico, toda vez, que sería la norma penal la que, no ya reconocería, sino que crearía el bien jurídico al dispensarle la tuición del Derecho Penal. Consecuencia directa de tal posición es que, como veremos, la función interpretativa propia del bien jurídico encontrará sus límites en la literalidad de la norma que lo crea, no siendo posible una evolución de tal bien jurídico de forma independiente o externa a la norma, restando así asilado de la concreta realidad social a la que resultará aplicada la norma. Es más, la realización de un juicio de antijuridicidad material carecerá de sentido por cuanto, precisamente, cualesquiera conductas que tengan encaje en la norma penal, por ese solo hecho, lesionarán o pondrán el peligro el bien jurídico protegido por la norma. Dicho en otros términos, la realización de la conducta prohibida por la norma penal, *per se*, lesiona o pone en peligro el bien jurídico creado por la misma, el objeto de la protección.

Frente a la posición expresada, se encuentran las perspectivas denominadas *reformistas o trascendentes* y cuya elaboración parece arrancar de Von Liszt. Tal concepción gira en torno a la preexistencia e independencia del bien jurídico con respecto a la norma penal, con lo que, a diferencia de lo que acontece con la posición positivista, resultará preciso elaborar un concepto de bien jurídico al margen del concepto de norma penal. El bien jurídico, bajo la concepción examinada y que, de hecho, es la mayoritaria¹⁸, será todo interés, valor o realidad valiosa, tanto de una persona como de la sociedad, que resulte importante para la existencia y desenvolvimiento tanto de aquella como de esta. Dicha concepción subyace, sin lugar a dudas, en la concepción político criminal del bien jurídico.

Ambas concepciones, meramente enunciadas, comulgan en la admisión de la mutabilidad de los bienes jurídicos que el Derecho Penal puede proteger; mas, sin duda, es la segunda de ellas, esto es, la reformista, la que mejor entronca con su ya tantas veces aludido carácter fragmentario. Ahora bien, el riesgo de la concepción tildada de mayoritaria reside, precisamente, en las fuentes de

¹⁸ Mir Puig, Cobo y Vives, Muñoz Conde, Cerezo Mir, Rodríguez Mourullo, Luzón Peña, Luzón Cuesta, Bustos, Hormazábal, etc.

creación que sean admitidas. En efecto, si convenimos en que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el Derecho positivo, corremos el riesgo de, caso de no precisar las fuentes de su creación, alterar el principio de legalidad y, por supuesto, el carácter fragmentario del Derecho Penal, toda vez, como puede sin esfuerzo comprenderse, cabría extender las conductas recogidas en un precepto concreto a supuestos que, sin encontrar acomodo en su texto, sí se encontrarían en su espíritu. Es decir, las concepciones de la trascendencia del bien jurídico, si bien evidencian la ventaja de un mejor acomodo interpretativo a la evolución de la concepción social del bien jurídico protegido, presentan el riesgo de amparar, precisamente, interpretaciones lindantes a la ablación del principio de legalidad.

Si la concepción de la trascendencia del bien jurídico es la mayoritaria, es merced a que la misma entronca de manera más directa con los principios que han de regir en un Derecho Penal que tenga, precisamente, tal carácter. En efecto, la concepción normativista del bien jurídico no permite disociar aquellos bienes que, efectivamente, deben ser protegidos por el Derecho Penal de aquellos otros que lo son por razones de oportunidad o imposición de una minoría sobre la mayoría ¹⁹. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que la concepción que afirma la trascendencia del bien jurídico excluya, una vez asumida, la posibilidad de arbitrariedades o de incriminación de conductas que no supongan un riesgo desaprobado para un concreto bien jurídico. Ahora bien, cuando ello así suceda, podrá el intérprete concluir la inaplicación de la norma cuando en ella observe una falta de contenido material de la antijuridicidad por cuanto, precisamente, el bien que la norma protege preexiste a la misma. Al mismo tiempo, la concepción reformista sobre la trascendencia del bien jurídico permitirá adecuar los límites y extensión de la tutela, no sólo en relación con la propia norma, sino, fundamentalmente, en atención a la concepción contemporánea del bien jurídico, siendo tal concepción perfectamente acorde a la necesidad de interpretar las normas jurídicas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas ²⁰.

¹⁹ Un buen ejemplo de lo que decimos es la norma existente en el Estado de Texas (EEUU), relativa a las relaciones homosexuales sodomitas que no fue derogada sino hasta la Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense de 26 de junio de 2003. La citada Sentencia, dictada en el caso *Lawrence y Garner contra Texas*, determina la radical falta de constitucionalidad de la norma, que fundó la condena de los demandantes, que incriminaba la sodomía homosexual entre adultos libremente consentida aun cuando fuera en la intimidad del domicilio.

²⁰ Son de interés los comentarios que al respecto realizan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN en «*Derecho Penal, parte general*», 5.^a edición, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 78 a 83, al examinar las concretas consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos y, en concreto, la función de garantía que estos están llamados a desempeñar, cuestión esta sobre la que volveremos al analizar tal función.

I.II Sus funciones en el Derecho Penal

Estamos considerando un concepto de bien jurídico no en cualquier Derecho Penal, sino en un Derecho Penal que, con independencia de su signo político, se caracterice por la vigencia de los principios inherentes a un Estado social y democrático de Derecho. En efecto, nuestra Constitución, en su *artículo 1.1*, proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, siendo afirmados, en los *artículos 9.3 y 10*, algunos de los principios inherentes a un Estado de tal clase y que tienen directa acogida, como no podía ser de otra manera, en el Código Penal vigente. Así, por ejemplo, el principio de legalidad encuentra acomodo en los *artículos 1* (garantía criminal), *2.1* (garantía penal), *3.1* (garantía jurisdiccional) y *3.2* (garantía de ejecución); el de irretroactividad de las normas desfavorables en el *artículo 2.1*, y la retroactividad de las normas favorables en el ordinal segundo del mismo precepto.

Las tan sucintamente referidas notas inherentes a nuestro Derecho y, por extensión, a nuestro Derecho Penal, nos han de llevar a dos conclusiones que, desde el punto de vista de nuestro análisis, merecen ser destacadas y que, en cierta medida, son consecuencia la una de la otra.

La primera de ellas, que entronca con las consideraciones efectuadas en relación a las distintas concepciones acerca del concepto de bien jurídico, es que la concepción dogmática (el ser) y la político-criminal (el deber ser), se encontrarán más cercanas cuanto mayor sea el respeto que muestre el legislador penal a los principios proclamados en los *artículos 1.1, 9 y 10* de la Constitución ²¹. Es, sin embargo, la segunda de las consecuencias anunciadas la que más nos interesa en este momento.

Decíamos, en las consideraciones introductorias, que todo Código Penal es la expresión, más o menos acertada, de un programa de política criminal determinado, siendo una de las funciones esenciales del mismo la selección o concreción de los bienes que deben ser protegidos bajo la amenaza de la pena y cuya fijación dependerá de los intereses y valores del grupo social que, en el momento de su redacción, ostente el poder político ²². Tal afirmación, si la formulamos de manera inversa, nos llevará a plantear que el análisis de los bienes jurídicos protegidos en un contexto social determinado no puede ser hecho prescindiendo, de un lado, de los intereses o valores del grupo social y, de otro, de los principios inspiradores del programa político criminal en cuyo marco se crea la concreta norma penal. De tal modo. resul-

²¹ Al respecto, MIR PUIG, en *Derecho Penal, parte general*, 6.^a edición, Barcelona, 2002, pp. 159 y ss.

²² *Derecho Penal, parte general*, 6.^o edición, Barcelona, 2002, pp. 159 a 166

ta que tales principios inspiradores no sólo determinarán los concretos bienes jurídicos a proteger, sino que, indudablemente, definirán y, al tiempo, condicionarán las funciones que el bien jurídico, como realidad preexistente a la norma penal, ha de desempeñar en relación a ella.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, procederemos a enunciar, siguiendo la doctrina dominante ²³, las funciones que al bien jurídico son atribuidas en el contexto de un Derecho Penal inspirado por los principios inherentes a un Estado social y democrático de Derecho, efectuando, acto seguido, algunas reflexiones relativas a aquellas que, en el tema concreto que nos ocupa, tendrán una mayor incidencia.

a) La función sistemática

Sistemáticamente, se dice que el bien jurídico se erige en lo que Jescheck ²⁴ ha denominado el «decisivo criterio de clasificación», afirmando el citado autor que tal función clasificadora no sólo tiene la virtualidad de estricta agrupación de los diferentes tipos por razón del bien jurídico que tutelan, sino que, a través de la misma es lograda una ordenación jerárquica de los valores protegidos. Resulta preciso decir, ello no obstante, que la concepción más extendida en la doctrina penal patria ²⁵ a cerca de la llamada función sistemática del bien jurídico, es la que por tal entiende la estricta función clasificadora que el mismo desempeña.

La función clasificadora a la que aludimos, como de inmediato evidenciaremos por medio de un ejemplo, en ocasiones no es del todo correcta, surgiendo así la necesidad de que doctrina y jurisprudencia complementen o perfeccionen la sistematización legal en atención, precisamente, al criterio del bien jurídico. Efectivamente, el Código Penal, en su parte especial, agrupa las distintas conductas que incrimina en atención a criterios que, históricamente, han sido muy variables. Pues bien, lejos de efectuar aquí un intento clasificador de tales criterios, sí hemos de convenir en que uno de los que mayor predicamento han tenido, y sigue teniendo, es el del bien jurídico que es lesionado o puesto en peligro por la conducta o conductas que resultarán en él comprendidas. Ahora bien, la función sistemática del

²³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN en *Derecho Penal, parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 72 a 83; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal parte general* 4.ª edición, Tirant lo Blanch, 1996 pp. 294 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal parte general I*, Universitas, 1996 pp. 328 y 329, y MIR PUIG, *Derecho Penal parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002 pp. 165 y 166.

²⁴ *Tratado de Derecho Penal. parte general*, traducción de Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Comares, 1993 p. 234.

²⁵ LUZÓN PEÑA *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Universitas, 1996 p. 328, y MIR PUIG, *Derecho Penal parte general* 6.ª edición, Barcelona, 2002, p. 159.

bien jurídico, en tanto que concretada por el legislador al determinar qué conductas se agruparán bajo qué rúbricas, no es criterio que, al ser empleado, determine irreversiblemente la necesidad de que todas aquellas conductas que se encuentren incriminadas en un determinado título expresen un ataque o puesta en peligro del bien jurídico que le da nombre. Un ejemplo evidente lo constituye el delito del *artículo 380* del vigente Código, precepto que, pese a encontrarse bajo la rúbrica de «los delitos contra la seguridad del tráfico», contempla como bien jurídico protegido el «orden público»²⁶.

La función sistemática o, si se prefiere, sistematizadora de los bienes jurídicos, por tanto, si bien nos puede ser de cierta utilidad a la hora de interpretar un determinado precepto, debe ser empleada con todas las reservas que se derivan de su naturaleza esencialmente clasificatoria y, por ello, carente de valor exegético *per se*.

b) La función de guía de interpretación o exegética

Si convenimos en que las normas penales no son sino expresión de conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico determinado²⁷, parece incuestionable que tal bien jurídico estará llamado a desempeñar un papel fundamental en la interpretación de una norma determinada.

Dentro de una interpretación teleológica, esto es, de la finalidad perseguida por la norma penal, el estudio del bien jurídico cobra importancia insustituible, siendo ello debido, tal como antes ya hemos apuntado, que a toda norma penal tiene por objeto la tuición de un determinado bien jurídico, ello con independencia de que, realmente, tal bien jurídico reúna las notas de dignidad, susceptibilidad y necesidad de protección. Tal relación necesaria fue descrita por Jescheck²⁸ al afirmar que el tipo arrancaba de la norma y la norma del bien jurídico, erigiéndose este en la base de la estructura e interpretación de los tipos penales y afirmando, en una evidente proclama de la concepción trascendente, que el concepto de bien jurídico, lejos de quedar equiparado a la simple *ratio legis*, posee un sentido propio que es anterior a la norma y, además, «concluyente en sí mismo». En efecto, salvo

²⁶ Idéntica opinión es mantenida por TAMARIT SUMALLA en la obra conjunta dirigida por Quintero Olivares y Valle Muñiz, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2.ª edición, 1999, p. 1.083.

²⁷ Entre muchos otros, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en *Derecho Penal, parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 80 y 81, y JESCHECK, en *Tratado de Derecho Penal, parte general*, traducción de Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Comares, 1993 p. 234, cuando afirma la necesidad de negar la posibilidad de existencia de normas penales desconectadas de un bien jurídico.

²⁸ *Tratado de Derecho Penal, parte general*, traducción de Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Comares, 1993 pp. 231 y 232.

que consideremos que es la norma penal la que crea los bienes jurídicos con la definición de la conducta prohibida y que, por lo mismo, el propio concepto de bien jurídico desaparece al confundirse con la norma ²⁹, parece que hemos de convenir en que la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico se muestran al tiempo, presupuesto de la norma y fin cuya evitación es pretendido por ella y ello, como antes ha sido anticipado, por cuanto la falta de lesión o puesta en peligro del bien jurídico cuya tuición contemple la norma determinará, a su vez, la ausencia de antijuridicidad material de la conducta y, por lo mismo ³⁰, la falta de antijuridicidad misma, y ello, como recuerdan Muñoz Conde y García Arán ³¹, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción o conducta enjuiciados.

c) Función de criterios de medición de la pena

Otra de las funciones que suelen ser atribuidas doctrinalmente al bien jurídico es su papel en la medición o, con más precisos términos, determinación de la pena. Las que podríamos llamar, de manera más ilustrativa, funciones dosimétricas, se concretan en el influjo que en la pena a imponer por una determinada conducta tendrá la mayor o menor entidad de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido por la norma vulnerada.

Quienes sostienen la autonomía de tal función ³² suelen citar en su apoyo el tenor del artículo 66 del Código Penal, precepto en que se contempla esa función dosimétrica del bien jurídico y a cuya transcripción se procederá de inmediato.

Artículo 66. En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

²⁹ Ello supondría asumir la concepción inmanente o normativista del bien jurídico que, como ha sido dicho, carece de apoyos sólidos en la doctrina iuspenalista española y que, como también veremos, es rechazada por el Tribunal Supremo, en tanto que reconoce la posibilidad de la exclusión de la antijuridicidad de la conducta cuando se constata la falta de antijuridicidad material de una conducta formalmente contrapuesta a la norma penal.

³⁰ En idéntico sentido, el ejemplo expuesto por MIR PUIG, en *Derecho Penal, parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002, p. 165.

³¹ *Derecho Penal parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 305 y 306.

³² Entre otros, LUZÓN PEÑA *Curso de Derecho Penal, parte general I*, Universitas, 1996, p. 329 y MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, 6.ª edición, Barcelona, 2002, p. 166.

En el precepto aludido, y de manera más ilustrativa en el artículo 62 de nuestro Código Penal ³³, no se contempla sino la necesidad de que el juzgador, dentro del margen de discrecionalidad reglada del que dispone a los fines de la individualización de la pena, atienda a los contenidos de antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del sujeto activo que, sin llegar a erigirse en circunstancias modificativas en sentido estricto, cobrarán trascendencia en tanto que elementos esenciales del propio delito. De tal modo, la gravedad de la afectación, o, si se prefiere, del ataque al bien jurídico, será expresión del juicio de antijuridicidad y, más en concreto, del contenido de antijuridicidad material de la conducta.

d) Función de garantía

La función de garantía del bien jurídico ³⁴, junto a la función exegética a la que antes ha sido hecha referencia, es función que únicamente puede ser atribuida al mismo como consecuencia de la asunción de un determinado posicionamiento doctrinal en relación a su origen.

Decíamos, al tratar el concepto de bien jurídico y, en concreto, sus distintas concepciones, que existen dos teorías clásicas en relación a los orígenes del mismo, teorías que enunciamos como positivista, o de la inmanencia, y reformista, o de la trascendencia. Pues bien, la función de garantía únicamente será desempeñada por el bien jurídico en aquella concepción que afirme la preexistencia del mismo con respecto a la norma; esto es, en la concepción reformista. En efecto, la función de garantía es enunciada de la siguiente manera: como el legislador no puede incluir en la órbita del Derecho Penal cualesquiera conductas, sino única y exclusivamente aquellas que entrañen una lesión o puesta en peligro desaprobadas por la sociedad, el bien jurídico actúa como límite a la voluntad del legislador y, por lo mismo, como garantía de los ciudadanos frente a los excesos de este. El problema fundamental de tal posicionamiento, en nuestra opinión, es su plasmación práctica. En efecto, ¿cómo se procederá ante la incriminación, por parte del legislador, de una conducta que no lesione un bien considerado «digno» de protección por el conjunto de la sociedad? ¿Acaso devendrá nulo tal acto? Y, de ser así, ¿Cómo habrá de hacerse valer tal nulidad y en base a qué motivos legales? Los interrogantes planteados subyacen en la

³³ Artículo 62. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

³⁴ Al respecto, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 298 a 300, y MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en *Derecho penal, parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 80 y 81.

afirmación de Muñoz Conde y García Arán³⁵ referente a que, con carácter general, aquellas leyes penales que no protejan bienes jurídicos será nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima, y ello aun cuando no exista precepto alguno del mismo o superior rango normativo que así lo establezca de manera expresa.

La respuesta a los interrogantes planteados, en nuestra opinión, ha de ser desarrollada en dos estadios. En primer lugar, si la norma penal contempla la prohibición de una conducta que, pese a poder lesionarlo *ex ante*, no entraña *ex post* riesgo o lesión para el bien jurídico protegido, la solución adecuada, como veremos al examinar la posición de nuestro Tribunal Supremo en relación a determinadas conductas en materia de delitos contra la salud pública, será concluir la falta de antijuridicidad material de la misma y, por ello, extraer la misma de la órbita del Derecho Penal. Ahora bien, si lo que acontece es que el legislador incrimina una conducta que no muestra atisbo *ex ante* de lesión o puesta en peligro para un bien considerado socialmente como digno, susceptible y necesitado de protección, la solución es mucho más compleja. Piénsese en la hipotética incriminación de la entrada o estancia ilegal en territorio español. Parece que, en la actual coyuntura, la sociedad española no siente que la mera estancia ilegal de un súbdito extranjero pueda poner en peligro o lesionar bien jurídico alguno que reúna las exigencias de dignidad, susceptibilidad y necesidad de protección. ¿Qué ocurriría si tal incriminación tuviera lugar? (como acontece en otros países del entorno europeo tales como Polonia, Italia, Alemania y Francia). No creemos que pudiera sostenerse la nulidad de tal norma penal por infracción del principio de intervención mínima, mas, en nuestra opinión, si en el momento en que se procediera a analizar el desvalor material de la conducta, su nocividad social, se advirtiera la inexistencia de bien jurídico alguno lesionado o puesto en peligro, parecería razonable, de nuevo, la inaplicación de la norma por falta de antijuridicidad material. Ello, si embargo, podría cuestionarse mediante alusión expresa al ordinal tercero del artículo 4 del Código.

3. *Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia, cuando la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.*

³⁵ *Derecho Penal, parte general*, 5.^a edición, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 80 y 81.

Tras la lectura del precepto parcialmente transcrito, pudiera afirmarse que la intención del legislador es vedar al aplicador del Derecho Penal la posibilidad de llevar a sus últimas consecuencias la función de garantía del bien jurídico, si bien, al exceder ello de los límites y objeto de nuestro estudio, nos limitaremos a dejarlo así apuntado, reiterando nuestra posición relativa a la posibilidad de inaplicar la norma a través del juicio de antijuridicidad material de la conducta y, en el ejemplo propuesto, relegar la conducta al ámbito de la infracción administrativa.

De las funciones citadas, nos interesa de manera especial la función exegética que la doctrina dominante le atribuye y, en concreto, la exclusión de la antijuridicidad material en la que se conviene al tomar como presupuesto una conducta que, pese a ser típica (o formalmente antijurídica), no lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma. Ahora bien, si es difícilmente cuestionable la importancia e influjo de la doctrina iuspenalista citada en la aplicación concreta del Derecho Penal, no lo es menos que la posición mantenida al respecto por los Tribunales y, en concreto, por el Tribunal Supremo, tendrán una importancia mayor, ello, simplemente, merced a la necesidad de interpretar las normas, precisamente, en atención a los criterios que el Alto Tribunal establezca al aplicar e interpretar la Ley Penal.

I.III La postura del Tribunal Supremo

Han sido expuestas, hasta el momento, las notas esenciales del bien jurídico como elemento esencial en la dogmática del Derecho Penal, y, tal como ha sido anunciado en el apartado que antecede, llega ahora el momento de abordar el posicionamiento que nuestro Tribunal Supremo, con carácter general, asume en relación a un aspecto concreto, cual es la trascendencia práctica de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en un tipo determinado.

Hemos dicho, al tratar la importancia del bien jurídico en la teoría jurídica del delito, que el momento en que el análisis del mismo cobra protagonismo es el momento del juicio valorativo de la antijuridicidad material de la conducta. Así, decíamos con Mir Puig ³⁶ al analizar la función exegética o de guía de la interpretación que el bien jurídico cumple, que constatada la falta de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, debía concluirse la falta de antijuridicidad material de la conducta y, por

³⁶ En idéntico sentido, LUZÓN PEÑA en *Curso de Derecho Penal, parte general I*, Universitas, 1996 p. 329 y MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN en *Derecho penal, parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 304 y 305.

ello, quedar esta al margen del Derecho Penal. A tal cuestión es a la que prestaremos atención en este momento, para, de tal modo, evidenciar la complejidad real del panorama que se esboza al abrirse un abismo entre realidad social, de un lado, y realidad tipificada, de otro.

Con la finalidad propuesta, procederemos, en primer lugar, a comprobar cómo el Alto Tribunal se ha enfrentado al juicio de la antijuridicidad en un delito de riesgo paradigmático, cual es el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, principiando tal exposición con la transcripción parcial de una de las muchas resoluciones en que se alude al bien jurídico objeto de protección en tales conductas.

«En cuanto al artículo 344 pretende el recurrente que no existió el delito penado en esta norma porque la donación no es tráfico y, además, en el supuesto presente no llegó a favorecerse la expansión del uso de la droga porque la chica que la recibió ya era toxicómana.

El bien jurídico protegido en esta clase de delito es la salud pública, que se lesiona o pone en peligro por la transmisión de la droga tóxica a otra persona, siendo indiferente que se haga a título oneroso o lucrativo, habida cuenta de que en estos casos el desvalor de la acción nada tiene que ver con el ánimo de lucro de su autor; de modo que sólo su tenencia para el exclusivo consumo personal puede considerarse atípica, quedando comprendidos en la ilicitud ahora estudiada, incluso los supuestos de donación de porciones mínimas o de consumo compartido, pues cualquiera de estas conductas favorecen o facilitan el consumo ilegal de estas sustancias perjudiciales para la salud. Así se ha pronunciado esta Sala reiteradamente (sentencias de 4 de febrero de 1991, de 22 de abril de 1991 y de 3 de mayo de 1991, entre las más recientes.»

STS., Sala 2.^a, de 16 de octubre de 1991.

En la resolución que antecede, el Tribunal Supremo identifica la salud pública como el bien jurídico que es puesto en peligro por determinadas conductas, mas, a la vista del último inciso transcrito, parece que incluye en el concepto «salud pública» la salud del beneficiario de la donación de una porción mínima de droga. Esto es, parece haber una identificación o, si se prefiere, inclusión de la salud individual en la salud pública, toda vez que, en el supuesto examinado, únicamente la salud del toxicómano que recibió la donación se vio puesta en peligro.

¿Cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 368? Como puede comprenderse, no es lo mismo afirmar que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro haya de ser la salud pública, que mantener que también resulta protegida la salud individual. Las dudas empezaron a despejarse

cuando, en el último cuarto de la década de los años noventa, se afirmó la falta de antijuridicidad de determinadas donaciones siempre y cuando, como veremos de inmediato, no existiese posibilidad alguna de transmisión a persona distinta del beneficiario de la donación.

«Aunque en la extensiva tipificación del delito de tráfico de drogas, contenida en el artículo 344 del CP de 1973 y mantenida en el 368 del CP de 1995, se hallan comprendidas las actividades de donación de estupefacientes y de posesión de tales sustancias con vistas a una transmisión gratuita de las mismas, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. La doctrina expresada habrá de aplicarse de forma restrictiva, según se manifiesta entre otras, en las sentencias 527/1998, de 15 de abril, 905/1998, de 20 de julio, 789/1999 de 14 de mayo 1653/2001, de 16.7, exigiéndose para que opere la exclusión del artículo 368 del CP las siguientes condiciones:

- a) Que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada.*
- b) Que la facilitación del estupefaciente sea gratuita.*
- c) Que se trate de cantidades mínimas de estupefaciente, para su consumo inmediato, a poder ser, en presencia del suministrador.*
- d) Que la facilitación de la sustancia tóxica responda al propósito de aliviar el síndrome de abstinencia que sufre el donatario a causa de su adicción a la droga proporcionada. También se ha señalado en las sentencias citadas que debe ponderarse si la crisis de abstinencia del donatario de la droga hubiese probado ser combatida mediante el adecuado tratamiento médico en el centro penitenciario.»*

STS, Sala 2.ª, de 21 de octubre 2002.

Es difícilmente cuestionable el hecho de que la conducta enjuiciada por el Tribunal Supremo en el supuesto que antecede, colma el tipo del artículo 368 del Código Penal, toda vez, sin lugar a dudas, se está favoreciendo (donación) el consumo ilegal de drogas tóxicas. Frente a ello podrá ser objetado que se alude a que la conducta es «atípica», mas ello se antoja, en nuestra opinión, una alusión en la que subyace la concepción dogmática de tipicidad y antijuridicidad como un único elemento en la estructura del delito.

El Alto Tribunal concluye, como decimos, que la contradicción entre la conducta enjuiciada y la norma penal es meramente formal, asumiendo la dominante concepción sobre la trascendencia del bien jurídico, siendo con-

secuencia directa de ello la ausencia misma de antijuridicidad. Ahora bien, ¿cuál es pues la causa de la exclusión de la antijuridicidad de la conducta? Parece que la respuesta pasa por la aludida necesidad de que «no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada». Tal exigencia, dada la efectiva nocividad de tales drogas para la salud individual, parece evidenciar que siendo el bien jurídico protegido la salud pública, la falta de riesgo para la misma de una determinada conducta debe quedar al margen del Derecho Penal. Tal posición ha sido desarrollada y es hoy una doctrina absolutamente consolidada.

«En efecto, es ya prolongado el número de resoluciones de esta Sala, en que se ha considerado no cumplir todos los elementos del tipo penal del artículo 368 del Código Penal actividad de entrega de drogas tóxicas o estupefacientes, en tan pequeñas cantidades que permitan asegurar el consumo inmediato y exclusivo de la droga por un receptor adicto a su consumo, a quien el donante, que no recibe contraprestación económica alguna por la entrega, y ha de ser conviviente, pariente o persona muy cercana al receptor, que conoce la necesidad de consumirla, determinada por su adicción, de aquél a quien la pequeña cantidad de droga entrega, porque, en tales casos, falta el necesario elemento de riesgo de consumo indiscriminado de la droga y consecuente peligro abstracto para la salud pública (sentencias de 23 de mayo y de 6 de octubre de 1993, de 27 de mayo y de 23 de junio de 1994, de 12 de enero de 1995, de 5 de febrero de 1996, de 14 de julio de 1997 y de 20 de enero de 1998).»

STS, Sala 2.^a, de 29, junio 2002.

Otro ejemplo de singular relevancia y con idénticas consecuencias lo constituye la doctrina elaborada en materia de delitos contra la fe pública y, en concreto, en los delitos de falsificación de documentos cuando el acto falsario es, en términos del propio Tribunal Supremo, absolutamente burdo o, si se prefiere, carente de idoneidad alguna para inducir a error sobre su autenticidad.

«Esta situación pone en evidencia la inexistencia en términos jurídicos de la mutatio veritatis, es decir, de la alteración de la verdad, que no existe tanto cuando la alteración falsaria recae sobre extremos no esenciales y, por tanto, periféricos o accesorios del documento, como en el presente caso en el que la alteración es tan tosca que a simple vista es perceptible, pues tanto en uno como en otro caso las alteraciones carecen de la entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, y es evidente que si el documento en cuestión no proyecta ningún riesgo, ningún bien jurídico, tampoco puede gozar de la protección del ordenamiento penal –STS de 5 de diciembre de 1995, de 10 y de 17 de julio de 1996, entre otras.

Consecuencia de lo razonado es la estimación del motivo y absolución del recurrente por el delito de falsificación, lo que se efectuará en la segunda sentencia.»

STS, Sala 2.ª, de 11 de febrero de 2000.

Parece necesario concluir, según los ejemplos propuestos, que nuestro Tribunal Supremo acoge sin reservas la función exegética del bien jurídico con respecto a la norma penal, resultando ésta condicionada por aquél y no a la inversa. Ello, como veremos al centrar nuestra atención en los ilícitos relativos a la pornografía infantil, tendrá una importancia definitiva por cuanto, al igual que sucede con los ejemplos enunciados, la constatación de la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, con el propio Tribunal Supremo, se declare protegido en el *artículo 189.1*, determinará la ausencia de antijuridicidad de tales conductas, debiendo ser analizadas con detalle las causas de que ello suceda y, por supuesto, las consecuencias prácticas que supondrá.

A los fines anunciados procederemos, acto seguido, a centrar nuestra atención en la construcción doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico protegido en el título VIII del libro II del Código Penal, efectuando algunas consideraciones alusivas a aquellos otros valores que, como veremos, subyacen en las conductas en él incriminadas.

II. LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN

En el apartado que antecede, tal como habíamos anunciado, han sido efectuadas algunas, si bien breves, consideraciones relativas al concepto de bien jurídico y a su incuestionable importancia teórico-práctica a la hora de afrontar el estudio y aplicación de cualesquiera normas penales. Pues bien, como también fuera anunciado a la hora de redactar las consideraciones introductorias al presente estudio, es momento, ahora, de intentar evidenciar, en ocasiones de manera ciertamente ardua, qué valores, derechos e intereses subyacen en las normas que incriminan las conductas que, desde la reforma operada en el título VIII del libro II del Código Penal vigente por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, aparecen comprendidas por la rúbrica *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*³⁷.

³⁷ La razón por la que centraremos nuestra atención en la posición de doctrina y jurisprudencia en relación al bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales tras la citada reforma, es la inherente al propio fin de nuestro estudio. En efecto, si lo que se pretende

La tarea que estamos a punto de iniciar, merced a criterios tanto de orden metodológico como de naturaleza estrictamente pragmática, discurrirá por dos derroteros que, si bien mostrarán recíprocas influencias, en otras ocasiones evidenciarán posiciones irreconciliables. En efecto, partiendo de la antes aludida reforma del año 1999, expondremos, en primer lugar, la posición de la doctrina ius penalista actual relativa al substrato específico de los ilícitos a los que venimos refiriéndonos. Como puede comprenderse, y en atención al contexto de estas líneas, no es objeto del presente análisis la mera recolección de la opinión de un mayor o menor número de autores con mayor o menor prestigio en el ámbito que nos ocupa. Antes, al contrario, lo que pretendemos es intentar mostrar cuál es la posición de la doctrina española actual a través de un análisis que, como no puede ser de otra manera, requerirá el examen de los planteamientos al respecto mantenidos por la doctrina mayoritaria, pero que, al mismo tiempo, no será un fin en sí mismo. En efecto, el análisis doctrinal que será efectuado, mediante la confrontación de las distintas opiniones sustentadas y que, en ocasiones, se mostrarán francamente divergentes, tendrá por finalidad intentar conciliar todas ellas para, de tal modo, intentar dibujar con claridad y precisión los derechos e intereses que subyacen en las conductas incriminadas en los *artículos 178 y siguientes del Código Penal*.

El segundo de los aludidos derroteros por los que discurrirá nuestra búsqueda será, como complemento indispensable en cualquier análisis con vocación práctica, el Jurisprudencial. A tal fin, tomando como punto de partida, una vez más, la redacción del Código Penal posterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, efectuaremos un recorrido por los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo sobre la concreta materia que no ocupa y, con él, nos adentraremos en el complejo estudio de una disociación que se predica como necesaria: la moral sexual y la libertad sexual.

Una vez confrontados los postulados de doctrina y Jurisprudencia actuales, llegará el momento de plantear su idoneidad en relación a las más recientes reformas legales en materia de explotación de la prostitución y pornografía infantil³⁸, mostrando, de tal modo, una disociación entre

mostrar es la disociación actual entre los valores e intereses que se dicen protegidos y los que, ciertamente, parecen serlo, no nos resultará de gran ayuda plasmar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación a conductas que, o bien ya no son típicas, o bien, siéndolo en la actualidad, no lo eran en épocas pasadas. Ello no supone, pese a lo que pudiera parecer, desechar el innegable valor interpretativo que tales posiciones pueda tener, mas tales referencias cuasi históricas, pese a resultar de conveniente referencia, no pueden erigirse en el epicentro de nuestro análisis.

³⁸ Las reformas legales a las que nos referimos son, en materia de explotación de la prostitución ajena, la reforma del artículo 188.1, último inciso, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y, en relación a la pornografía infantil, a la reforma operada en el artículo 189.2 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (esta última entrará en vigor el 1 de octubre de 2004).

norma incriminada y valor e interés protegido de tal clase que, como veremos, nos ha de llevar de manera natural, bien a la necesaria redefinición del bien jurídico objeto de protección, bien a la afirmación de falta de antijuridicidad material de las conductas incriminadas.

Ahora bien, el análisis en estructura anticipado, en tanto que tiene como base una determinada normativa legal y su evolución, nos parece adecuado precederlo del estudio, siquiera sucinto, de lo que bien podría ser llamado «el bien jurídico proclamado», locución bajo la que pretende aludirse a la posición del legislador en relación a los valores, derechos e intereses que subyacen a las conductas incriminadas en los ilícitos a los que alude el presente estudio y que, precisamente, motivan, o debieran hacerlo, las distintas modificaciones de la historia legislativa reciente. A tal fin y valiéndonos de las propias exposiciones de motivos de las normas penales que han dado su redacción actual al título VIII del libro II del Código, veremos cuáles son, al menos externamente, los valores, intereses y derechos que nuestro legislador dice proteger bajo la rúbrica del aludido título. Comencemos.

II.I El bien jurídico proclamado

II.I.I LA CONSOLIDACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

Con fecha 17 de octubre de 1997 fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Serie A, número 89-1) el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del título VIII del libro II del Código Penal aprobado por *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, texto cuya exposición de motivos contenía una serie de consideraciones expresivas de los motivos a los que obedecía la necesaria reforma que había de ser operada en la tipificación de los delitos contra la libertad sexual y que, más tarde, haría suyas el texto definitivo publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 1 de mayo de 1999 (*BOE* núm. 14, 16099). El conocimiento de las consideraciones a las que acaba de ser hecha alusión, y a cuya transcripción parcial se procederá de inmediato, deviene fundamental para, de un lado, comprender el porqué de la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/1999*, de 30 de abril, norma que tomamos como punto de partida de nuestro análisis ³⁹ y, de otro,

³⁹ Pese a que, como ya hemos dicho, las referencias normativas a partir de las cuales el presente estudio desarrolla su contenido se circunscriben a las reformas operadas por la *Ley Orgánica 11/1999* y las que le han seguido en materia de ilícitos contra la libertad sexual, ello no va a ser obstáculo para, en momentos puntuales, efectuar algunas alusiones doctrinales y jurisprudenciales que toman como referencia la legislación precedente. Ello será así, como puede comprenderse, merced a la necesidad de análisis evolutivo que, de manera más o menos acuciante, se revelará a la hora de abordar determinandas cuestiones puntuales de obligado análisis.

comenzar a perfilar cuál es el bien jurídico, valor esencial o interés social que se presentaba como necesitado de protección, al menos, en la forma que el legislador lo proclama.

«Una Proposición no de Ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997, ambas a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, ha instado al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas. Una Recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, abunda en consideraciones similares.

Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una Acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.»

La rúbrica del título VIII del libro II del Código Penal, en la redacción proporcionada por la *Ley Orgánica 11/1999*, asume aquellas posturas doctrinales referentes a la inclusión del injusto en el *nomen iuris* de los títulos, es decir, del bien jurídico digno, susceptible y necesitado de protección puesto en peligro o lesionado por las conductas objeto de punición, corriente ésta que fue iniciada por el Proyecto de Ley Orgánica de 1980 y culminada, al menos formalmente, por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de reforma del Código Penal, reforma en la que se abandonaba el término «honestidad» y se sustituía por el más acorde de «libertad sexual», más propia de un derecho penal democrático que no puede tener por finalidad la protección de los intereses o determinadas creencias de un grupo concreto de individuos, sino la de sancionar aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un determinado bien jurídico que puede ser individual o, que duda cabe, supra-personal. Tal diferenciación, como es sabido, fue en esencia asumida en el curso de los debates parlamentarios que dieron lugar al vigente Código Penal y, en concreto, al ser debatidas en la Comisión de Justicia del Senado en sesión celebrada el día 10 de octubre de 1995 las enmiendas relativas al título VIII del libro II, al tratar las enmiendas 132 a 134, se califica de «debate trasnochado perteneciente a la era jurásica»⁴⁰ aquel relativo a la consideración de la honestidad o la moral como bienes jurídicos protegidos en el mismo, teniendo expresa acogida tal voluntaria diferenciación en la misma exposición de motivos de la *Ley Orgánica 10/1995*, del Código Penal, texto que, acto seguido, es objeto de transcripción parcial.

«Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer; sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente.»

El legislador de 1995, según es de ver en el fragmento que acaba de ser transcrito, se esfuerza en evidenciar que el parámetro fundamental al que se atiende a la hora de regular los ilícitos contra la libertad sexual es el de su neta diferenciación de la honestidad, abandonando concepciones que nuestra legislación histórico-patria venía asumiendo ya desde las *Partidas*⁴¹,

⁴⁰ *Trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicaciones de las Cortes Generales. Edición preparada por el Letrado de las Cortes Generales Manuel DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO. Madrid, 1996.

⁴¹ *Las Siete Partidas*, edición de 1555, glosada por el Licenciado Gregorio López. Edición facsímil del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.

compendio legislativo en que, al tratar el Derecho Penal, en la Partida Séptima, se alude de manera constante a las «mujeres de orden» (título XIX) o a las «viudas que viven honestamente» (título XX). Pues bien, si partimos, con el legislador de 1995, de una efectiva reducción de las conductas incriminadas bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad sexual a aquellas que lesionaban o ponían en peligro la libertad sexual, abandonando cualquier vestigio de tuición de la honestidad⁴², deberíamos concluir que, las reformas ulteriores, a las que inmediatamente prestaremos atención, no han hecho sino avanzar en la definición y concreción de la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido.

Volviendo a la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/1999* parcialmente transcrita, de la misma se siguen con claridad meridiana dos afirmaciones de diversa significación y trascendencia. La primera de ellas, que no por simple estará exenta de desarrollo, se refiere a que el derecho esencial, fundamental e incuestionablemente protegido en el título VIII es la libertad sexual, manifestación de la libertad que, como tendremos ocasión de comprobar, es objeto de un intenso debate doctrinal en lo que a su contenido y límites respecta. Ahora bien, por otro lado, lo que nos parece especialmente interesante es la afirmación del legislador alusiva a que, junto a la mencionada libertad sexual, existen otros valores o intereses que se verán protegidos bajo la tantas veces mencionada rúbrica. Efectivamente, recordemos parte del fragmente transcrito.

«... que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces.»

Si, contando únicamente con la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/1999* y su precedente de la *Ley Orgánica 10/1995*, hubiéramos de responder a cuál es el bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, la respuesta, aparentemente, no ofrecería mayor complejidad. El mismo sería la libertad sexual en su doble vertiente de libertad sexual plena y libertad sexual *in fieri*, locu-

⁴² Eran tildados de ilícitos más afines a la honestidad que a la libertad sexual, en la regulación preexistente a la *Ley Orgánica 10/1995*, conductas tales como las relativas al proxenetismo locativo del artículo 452 bis. d), conductas respecto a las que el Tribunal Supremo venía afirmando que en ellas, al contrario de lo que sucedía en delitos tales como la violación, la libertad se debía entender de una manera mucho más amplia, merced a lo cual la *Ley* penal establecía tipos que protegían a la persona prostituida de la explotación o del peligro de ésta, tratándose de tipos penales que se explicaban por la experiencia criminológica y que, apoyados en ella, «daban lugar a una intervención del Derecho Penal en zonas aledañas a la lesión efectiva de la libertad» (entre otras, STS 2.ª, 713/1994, de 28 de marzo).

ción esta última con la que haríamos alusión al proceso de formación de la libertad sexual, a ese «libre desarrollo de la personalidad» al que se alude de manera literal en el fragmento en último lugar transcrito. Es más, tras la lectura del mismo, podríamos incluso llegar a afirmar que la dimensión del bien jurídico mismo, esto es, los contenidos y extensión de los derechos e intereses legalmente tutelados, variarían o, mejor dicho, se definirían en atención a la edad o estado mental de la víctima. En efecto, una de las más evidentes alteraciones, siquiera desde el punto de vista formal, operadas por la reforma penal de 30 de abril de 1999, es la del *nomen iuris* del título VIII, libro II, pasado a declarar formalmente protegida, junto a la libertad sexual, la indemnidad sexual. Pues bien, ciñéndonos exclusivamente al criterio expresado por el legislador, la indemnidad o integridad sexual sería el bien jurídico objeto de protección, exclusivamente, en aquellas conductas en las que la víctima sea un menor de edad o un incapaz. Ahora bien, a lo que no da respuesta el legislador es a una cuestión que ha sido objeto de intenso debate doctrinal y que abordaremos en el apartado siguiente al analizar la unidad o pluralidad del bien jurídico protegido. Tal cuestión, de manera resumida, se concreta en si la indemnidad sexual es un aspecto de la libertad sexual o, por contra, es un derecho diferenciado de la misma.

Sin pronunciarnos pues en este momento sobre la cuestión a la que acabamos de hacer referencia, la de la unidad o pluralidad del bien jurídico objeto de protección, sí parece preciso convenir en que, de las reformas operadas por la *Ley Orgánica 11/1999* y su precedente de la *Ley Orgánica 10/1995*, el bien jurídico proclamado como protegido por el legislador se definiría, desde un punto de vista positivo, por tener como núcleo básico la libertad sexual en la doble vertiente a la que acabamos de referirnos y, de otro, a modo de elemento negativo, por excluir de su ámbito conceptos tales como la honestidad, moralidad y otros que, merced a su carácter subjetivo, relativo y cambiante, carecen de relevancia para la existencia y desenvolvimiento tanto de la sociedad como del individuo ⁴³.

Las conclusiones hasta este momento obtenidas, que no son sino las extraídas de la simple y mera lectura de las exposiciones de motivos parcialmente reproducidas, debieran venir reforzadas por las últimas y recientes reformas que el legislador ha introducido en el Código Penal en el título VIII del libro II, mas, como de inmediato veremos, nos va a resultar ciertamente compleja la labor de concretar el basamento de la reforma penal, las

⁴³ Como veíamos al aludir a las concepciones trascendentes o reformistas sobre el bien jurídico protegido en relación a la norma penal, concepción que reputábamos mayoritaria, sólo es bien jurídico aquel interés, valor o realidad valiosa, tanto de una persona como de la sociedad, que resulte importante para la existencia y desenvolvimiento tanto de aquella como de ésta.

razones de la misma. Dicha complejidad, como veremos, radica en intentar desentrañar los fines de la reforma desde la óptica del bien jurídico protegido, ya que, como veremos, cuando prescindimos de tal prisma, no nos resultará tan complejo identificar motivaciones a las reformas.

II.I.II LAS REFORMAS DEL SIGLO XXI. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR

A la reforma operada en el Código Penal en virtud de la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, siguió, en materia específica de ilícitos incriminados en el título VIII del libro II, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*. Tal norma, bajo la denominación de «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros»⁴⁴, reformó varios cuerpos legales y, entre ellos el Código Penal. Pues bien, de manera sorprendente, en tanto que inesperada, dicha norma modificó el artículo 188 del Código Penal⁴⁵, reforma que tiene una trascendencia práctica aún no percibida por muchos y que, pese a suponer una regresión en las pautas autoproclamadas por el legislador, no fue precedida de justificación o mención, siquiera sucinta, en la exposición de motivos.

2.º La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando, cuando proceda, las normas de Derecho Penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

⁴⁴ BOE 234/2003, de 30 de septiembre de 2003. Entrada en vigor el día siguiente al de su publicación.

⁴⁵ Tal precepto regulaba la llamada determinación coactiva a la prostitución de mayores, menores de edad e incapaces.

Si centramos nuestra atención en la afirmación que el legislador hace cuando contempla la reforma del *artículo 188* del Código Penal como una «necesaria adaptación técnica» a las reformas operadas en los *artículos 318* y *318 bis*, no podemos por más que plantear la inexistencia de justificación alguna para, desde nuestro punto de vista, la más importante y trascendente reforma penal del último lustro. En efecto, si procedemos al cotejo del tenor del *artículo 188* del Código Penal antes y después de la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/2003*, veremos que la alusión antemencionada del legislador lo es únicamente a la conducta que, estando inculpada en el ordinal segundo del *artículo 188* previo a la misma, la citada reforma reconduce al *artículo 318 bis.2*. Veamos ambas redacciones.

Artículo 188 (redacción por la 11/1999, de 30 de abril):

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

2. *Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.*

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

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

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

Artículo 188 (redacción por la LO 11/2003, de 29 de septiembre):

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

lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. *Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior; y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

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

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

Tras la simple lectura comparada de ambas redacciones y observar cómo, en efecto, el ordinal segundo relativo al tráfico de seres humanos con el propósito de su explotación sexual ha sido cuestionablemente ⁴⁶ reconducido al seno del *artículo 318 bis*, vemos que la más importante modificación operada en el *artículo 188*, más que las supresiones en el efectuadas, es la adición de un último inciso al *artículo 188.1*.

«En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.»

Obviando en este momento el adentrarnos en el análisis de la verdadera trascendencia de las conductas que podemos considerar incriminadas en el inciso nuevamente transcrito, sí nos parece de singular importancia evidenciar el absoluto silencio del legislador con respecto al porqué de su tipificación. Efectivamente, como hemos dicho, de la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/2003* no se obtiene información alguna útil para siquiera intuir los motivos a los que obedece la que bien podríamos llamar resurrección del rufianismo. Es más, con respecto a la figura que parece restaurar, en el momento de ser eliminada, existió un cierto consuno doctrinal ⁴⁷ relativo a que en la misma, lejos de protegerse la libertad sexual de las víctimas (véase que es indistinto que medio su consentimiento), lo que aparecía tute-

⁴⁶ El cambio de ubicación de la llamada «trata sexual de seres humanos» ha sido ciertamente desafortunado, ello merced a que el legislador, de una conducta que incriminaba dicha trata con independencia de la situación legal o no, desde el punto de vista administrativo (art. 188.2 de la LO 11/1999), pasa a exigir la existencia de «tráfico ilegal o inmigración clandestina» (art. 318 bis. 2 de la LO 11/2003), lo cual, cuando menos, reduce el ámbito de las conductas incriminadas.

⁴⁷ Entre otros, véase la posición de ORTS BERENGUER en relación a determinados delitos relativos a la prostitución en las pp. 55 y 56 de su obra *«Los delitos contra la libertad sexual»* Tirant lo Blanch. 1995.

lado era un sentimiento de rechazo, para la moral dominante, ante lo que se consideraba una forma inmoral de obtener un beneficio económico. Pues bien, prestemos o no adhesión a las observaciones doctrinales a las que acabamos de aludir, aquellos intereses y valores sociales a cuya protección anunciaba el legislador se encaminaba la práctica legislativa en materia de ilícitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999*, hacían exigible del legislador una explicación, siquiera estereotipada, relativa al porqué del último inciso del *artículo 188.1*. Baste, por el momento, mostrar la dificultad de identificar dicha reforma con los parámetros que parecía establecer el legislador en las expeditivas Exposiciones de Motivos de 1995 y 1999 antes aludidas. Volveremos, más adelante, sobre el particular.

Si poco aportaba a la definición del sustrato del bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/2003*, no contribuye de manera mucho más significativa la más reciente *Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁴⁸. La *Ley Orgánica 15/2003*, a diferencia de lo que acontece con la *Ley Orgánica 11/2003*, supone una amplia reforma del título VIII. Así, junto a largamente reclamadas modificaciones en materia de modalidades comisivas de los tipos cualificados de abusos y agresiones sexuales⁴⁹, se contempla una sensible modificación de los ilícitos relativos a la pornografía infantil y a la corrupción de menores, siendo especialmente destacable, a los fines que nos interesan, tanto la incriminación de la tenencia para autoconsumo de material pornográfico de menores o incapaces, como la de la llamada pornografía infantil virtual. Prestemos atención en primer lugar, como hemos venido haciendo, a las justificaciones aducidas por el legislador en la exposición de motivos:

En cuanto a los delitos, cabe destacar las siguientes modificaciones:

- a) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.*
- b) *Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material porno-*

⁴⁸ BOE 283/2003, de 26 de noviembre. Entrada en vigor, salvo para determinados preceptos, el 1 de octubre de 2004.

⁴⁹ Nos estamos refiriendo a la ampliación de los tipos cualificados, junto al acceso carnal e introducción de objetos, a los supuestos de introducción de miembros corporales.

gráfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

De la simple lectura del fragmento transcrito, y su ulterior cotejo con los preceptos que introduce la reforma, se sigue, como de inmediato se verá, una ruptura de la línea que parecía fuertemente consolidada tras la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999*. Es difícilmente cuestionable el carácter meramente descriptivo de la exposición de motivos parcialmente reflejada, toda vez el legislador se limita, especialmente al referirse en la letra b) a la pornografía infantil, a constatar la realidad de una modificación, mas ello sin expresar, como sería absolutamente preciso, el porqué de tal modificación.

Decimos que la reforma operada por la *Ley Orgánica 15/2003* ha supuesto un varapalo para la identificación de la libertad sexual, en el sentido aludido en la *Ley Orgánica 11/1999*, como bien jurídico protegido en el título VIII del libro II del Código Penal. ¿Cómo afirmamos tal cosa? La respuesta a tal interrogante pasa por transcribir la conducta incriminada ex novo y que el legislador nomina como «pornografía infantil virtual».

Artículo 189.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

No resulta preciso un análisis en profundidad del precepto que acababa de ser transcrito para mostrar la absoluta incompatibilidad de la incriminación de la conducta descrita en el tipo objetivo del delito desde la óptica de la libertad e indemnidad sexual, al menos, en la forma que era identificada en las exposiciones de motivos de las *Leyes Orgánicas 10/1995* y *11/1999*. Efectivamente, el mero empleo de la voz de un menor de edad para, tras su modificación o manipulación técnica, incorporarla a un soporte susceptible de ser considerado material pornográfico, difícilmente compromete aquel «derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces» al que se refería el legislador en la *Ley Orgánica 11/1999*. Es un hecho conocido que las posibilidades de creación y manipulación de la imagen que los constantes avances técnicos proporcionan son casi ilimitadas, siendo absolutamente factible que, una imagen de un menor de edad, en principio absolutamente neutra desde el punto de vista sexual, pueda ser «resituada» en un contexto de intensa carga sexual. Todo ello, sin duda, nos lleva a concluir que la conducta del

artículo 189.7 puede no implicar actuación alguna con respecto a un menor de edad o un incapaz. Es más, tal será su campo ordinario de aplicación. ¿Cómo admitir pues que la indemnidad o integridad sexual de los mismos se verá comprometida? La respuesta, como pocas, es sencilla. Tales conductas no vulneran la indemnidad sexual de los menores de edad o incapaces.

El legislador, como vemos, ha incriminado una serie de conductas periféricas mas, tal vez, tal periferia ha quedado excesivamente alejada del bien jurídico protegido. En efecto, el problema que en la mal llamada «pornografía virtual» se plantea, en tanto que inherente al desarrollo tecnológico, ha sido ya objeto de estudio y reflexión en diversos países desarrollados en tal ámbito. Un ejemplo nítido de ello es el de los Estados Unidos de Norte América y, en concreto, una Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de fecha 16 de abril de 2002. En tal resolución ⁵⁰ el Tribunal Supremo norteamericano analiza, con enorme profundidad, el problema planteado con la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil de 1996, norma que extendía la prohibición federal contra la pornografía infantil a las imágenes sexualmente explícitas en las que aparecían representaciones de menores pero que eran elaboradas sin emplear un «niño real». Tal norma, entre otras conductas, prohibía la de poseer o distribuir tales imágenes con independencia de que para su elaboración hubieran sido empleados «niños que no existían» (virtual child pornography), así como la de el empleo de la imagen aséptica de niños que luego era manipulada para hacerlos aparecer en un contexto de contenido sexual (computer morphing). Pues bien, en la sentencia analizada, si bien no se pronuncia sobre la mutación informática de las imágenes (computer morphing), sí se concluye la legalidad de la llamada «pornografía virtual» desde el punto de vista de la libertad de expresión, rebatiendo, en tal aspecto, los argumentos que el Gobierno esgrimía, de manera clara, a favor de la incriminación de tales conductas, concluyendo, en tal aspecto, la inconstitucionalidad de la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil y ello, precisamente, por cuanto tal modalidad de pornografía, al ser consumida por mayores de edad y no emplear, en su proceso de elaboración a menor alguno, no sobrepasaba el derecho a la libertad de expresión. Veamos un fragmento del fallo de tal resolución.

«El Gobierno considera que la pornografía infantil virtual alimenta los apetitos de los pedófilos y les anima a incurrir en conductas ilegales. Este razonamiento no puede ser sustentar la prohibición en cuestión. La mera tendencia de la expresión a fomentar actos ilícitos no es razón suficiente

⁵⁰ Número 00-795 Jhon D. Ashcroft, Fiscal General y otros demandantes contra la Coalición de Libertad de Expresión y otros demandados. Ponente Kennedy.

para prohibirla. El Gobierno no puede constitucionalmente legislar sobre hipótesis con el deseo de controlar los pensamientos privados de una persona. Los derechos de la Primera Enmienda están más en peligro cuando el Gobierno intenta controlar el pensamiento o justificar sus leyes con tal ilícito fin.»

Aún cuando los argumentos empleados en la resolución a la que nos venimos refiriendo entroncan de manea directa con la libertad de expresión, escapando de manera leve de nuestro objeto de estudio, sí nos parece sumamente reveladora y útil la plasmación que en el fragmento transcrito se hace de los argumentos que el Gobierno de los Estados Unidos esgrime en defensa de la prohibición de la pornografía virtual. En efecto, se aduce, ni más ni menos, que la razón de la prohibición estriba, no en la protección de los menores (que puede que ni tan siquiera existan), sino en la necesidad de evitar que tal material llegue a manos de los pedófilos ante el riesgo de que éstos se vean estimulados a actuar, esta vez, sobre menores con existencia real. Tal protección, como en la propia resolución se dice, se basa en un vínculo indirecto, contingente y meramente hipotético.

«La pornografía infantil virtual no está intrínsecamente relacionada con el abuso de niños. Mientras el Gobierno asevera que las imágenes pueden conducir a casos reales de abusos a menores, los vínculos hipotéticos son contingentes e indirectos.»

Dejaremos aquí el análisis del artículo 189.7 como ejemplo expresivo del signo de la reforma operada por la *Ley Orgánica 15/2003*, de en materia de ilícitos contra la libertad e indemnidad sexual, mas, en nuestra opinión, los fines que el Gobierno norteamericano dice perseguir con la aludida Ley de Prevención de la Pornografía Infantil, al prohibir tanto la pornografía virtual como la mutación informática, bien pueden ser atribuidos a nuestro, en tal ámbito, silencioso legislador.

Como vemos, el que hemos denominado silencio del legislador del siglo XXI, es algo más que eso, es la expresión de unas reformas legislativas en el llamado derecho penal sexual que, de manera soslayada, sin mayores estrépitos, parecen alejarse del propósito de defensa de la libertad e indemnidad sexual, al menos, tal como fue definida y erigida estandarte de las reformas penales que se iniciaron en tal materia en el año 1995.

II.I.III EL INFLUJO SUPRANACIONAL

No parece oportuno dar por finalizado el análisis de lo que hemos nominado como bien jurídico proclamado sin antes hacer referencia a la legislación supranacional que, como hemos visto al transcribir parcialmen-

te la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/1999*, influye y condiciona de manera declarada el sentido de la legislación, también, en la materia que nos ocupa. Ello, como de inmediato veremos, tal vez contribuya a intuir los fines cuya consecución pretende el legislador en las más recientes reformas legales y que, como hemos intentado mostrar en el apartado que antecede, son de difícil conciliación con los por abiertamente reconocidos.

Cuando se ha hecho alusión a los orígenes de la reforma llevada a término en el título VIII del libro II del Código Penal por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, veámos cómo en su exposición de Motivos, se hacía directa alusión a la normativa supranacional como inspiradora y, al tiempo, condicionante de la modificación de una normativa tildada, por el propio legislador patrio, de insuficiente. Recordemos un fragmento de la misma.

«Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una Acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, como consecuencia de la cual los Estados Miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.»

El que venimos llamando «bien jurídico proclamado por el legislador», que ni tenemos que aceptar como cierto ni, mucho menos, admitir como único, aparece identificado, como más adelante veremos, con el que la Jurisprudencia comenzó a denominar indemnidad sexual y que, a la postre, se identifica con el libre desenvolvimiento de la personalidad en su vertiente sexual al que ya antes hemos aludido. Ahora bien, como también hemos anunciado, el presente estudio defiende la inexactitud de tal declaración o, al menos, la necesidad de establecer grandes matices en determinados supuestos.

Tal como es expresado por el legislador, la vigente regulación en el Derecho Penal patrio de los ilícitos que ocupan nuestra atención es debida, de manera directa, a la preocupación internacional sobre el fenómeno, empíricamente constatado, de la explotación sexual infantil como amalgama de conductas criminales en franco apogeo⁵¹. Ello, como puede comprenderse, evidencia la oportunidad de que sea el ámbito comunitario el lugar en que hayamos de buscar una primera definición para, a partir de ella, intentar comprender el presente y futuro de las normas penales españolas en la materia que analizamos.

Existen, multitud de normas que, en el ámbito de la Unión Europea, prestan su atención al fenómeno de la explotación sexual infantil. Ahora bien, de entre todas esas normas y a los fines anunciados, vamos a centrar nuestra atención en un instrumento que, aún cuando carente de valor normativo en sentido estricto, sí nos permitirá constatar con claridad qué tipo de conductas considera el legislador comunitario susceptibles de ser reconducidas a la locución cuya definición pretendemos. Estamos aludiendo a las Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (*DO*

⁵¹ El análisis comparativo de las estadísticas elaboradas por la Fiscalía General del Estado en las Memorias de los años 1997, 1998 y 2000, la cuales se nutren de los alardes efectuados mensualmente por los Fiscales de todo el territorio nacional en relación a los ilícitos de tal clase que han dado lugar a la incoación de un proceso judicial, más allá de unas diligencias policiales, evidencian un ascenso continuado de los ilícitos relativos a la prostitución, rubrica, como veremos, en la que se ubican la totalidad de las conductas abarcadas por la explotación sexual infantil. Así, de las 115 Diligencias Previas instruidas en el año 1996 (Estado B de la Memoria elevada en 1997), se pasa a las 197 de 1997 (Estado B de la Memoria elevada en 1998) y a las 261 del año 1999 (Estado B de la Memoria elevada en el año 2000).

⁵² Tales propuestas pretenden superar la Acción Común de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (*DO* número L 063, de 4 de marzo de 1997, pp. 2 a 6) y, de hecho, han inspirado ya la derogación parcial de la misma por la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 (*DO* número L 203, de 1 de agosto de 2002, pp. 1 a 4) relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. *DO* número C 062 E, de 27 de febrero de 2001, pp. 327 a 330.

número C 062 E, de 27 de febrero de 2001, páginas 327 a 330)⁵², residiendo su importancia en, precisamente, el intentar definir con claridad y precisión qué tipo de conductas deben ser identificadas con la explotación de niños y pornografía infantil. Pues bien, procederemos, acto seguido, a la transcripción parcial de las propuestas citadas.

2001/0025 (CNS)

Propuesta de

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO

relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Artículo 3.

Infracciones relacionadas con la pornografía infantil.

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no:

- a) producción de pornografía infantil, o*
- b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, o*
- c) ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil, o*
- d) adquisición o posesión de pornografía infantil.*

De las infracciones contenidas en la Propuesta de Decisión, en nuestra opinión, puede inferirse que el eje de la preocupación de la Unión no es exactamente la indemnidad del menor, al menos no de manera directa⁵³. Antes al contrario, parece que la finalidad de la normativa o, al menos, de parte de ella, es el ataque a las redes que se nutren de la pornografía infantil. En efecto, la propia Unión Europea, en el marco de la regulación o, para ser más exactos, de la labor de armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros en materia de explotación sexual infantil, toma como referencia la actividad criminal de los grupos organizados que encuentran en la sexualidad de los menores una fuente de ingresos más que la efectiva ablación del desarrollo de la sexualidad de los menores. Tal afirmación será apoyada acto seguido.

⁵³ El apartado d) de la propuesta transcrita alude a la mera tenencia de pornografía infantil, sin necesidad de que esté preordenado al tráfico. Podemos convenir en que tal conducta, que se encuentra recogida en el actual proyecto de reforma del Código Penal, tiene una relación, como mucho, remota con la indemnidad sexual del menor.

«Consciente de que el abuso sexual de niños y la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil puede representar una modalidad importante de la delincuencia organizada.»

Decisión del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (DO número L138, de 9 de junio de 2000).

«Considerando que la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños constituyen un grave atentado contra los derechos humanos fundamentales y, en particular, contra la dignidad humana; Consciente de la necesidad de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia y, sobre todo, la vulnerabilidad de los niños; Considerando que la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños pueden constituir una forma grave de delincuencia organizada internacional, cuyas dimensiones dentro de la Unión Europea son cada vez más preocupantes. Deseoso de poner en práctica los medios necesarios para poner fin a la trata de seres humanos y a la explotación sexual de los niños;...»

Acción Común de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO número L 063, de 4 de marzo de 1997, páginas 2 a 6).

«Numerosos casos de explotación sexual de niños y pornografía infantil se denuncian cada año. Los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos se ven gravemente afectados por estas plagas de la sociedad. Se necesita una variedad de medidas que oscilen desde la rigurosa protección legal de todos los individuos, hasta medidas preventivas, pasando por medidas para garantizar la adecuada protección y asistencia de las víctimas. Las medidas deberían abordar la cadena entera de la trata, desde los traficantes captadores hasta los clientes, pasando por los transportistas y los explotadores.»

Preámbulo Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO número C 062 E, de 27 de febrero de 2001, páginas 327 a 330).

De los textos parcialmente transcritos, inspiradores directos de las reformas contenidas, principalmente, en la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, se sigue con claridad que una de las razones que han dado lugar a la actual incriminación de las conductas relativas al material pornográfico

de menores, no es sino la necesidad de poner freno a una nueva actividad en expansión que ha llamado la atención de los grupos criminales organizados, actividad que se ha visto favorecida, sin duda, por la aparición de un medio de intercambio de información especialmente idóneo para tales actividades cuales son las redes informáticas de transmisión de datos. Ahora bien, ello no supone, ni mucho menos, que se reconozca de manera abierta una tuición separada de intereses, en este caso del Estado, ajenos a la indemnidad sexual de los menores de edad o incapaces. Dicho de otro modo, tanto el legislador patrio como el comunitario, si bien fundan las reformas legislativas, efectuadas o sugeridas, en la necesaria represión de la criminalidad organizada, ello no obsta para que tal represión se vincule, siquiera contextualmente, con la necesidad de preservar la indemnidad e integridad sexual de los menores e incapaces. Pues bien, pese a tal vinculación y retomando aquí los comentarios que efectuábamos al referir la posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ante las alegaciones del Gobierno ⁵⁴, no podemos sino afirmar que la tuición de la libertad e indemnidad sexual de los menores no aparece directamente afectada por algunas de las conductas de nuevo cuño ⁵⁵, es más, tal vinculación más bien debería ser definida como «contingente e indirecta».

II.II La libertad sexual en la doctrina española actual

II.II.I CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE SU ESPECIALIDAD

Hemos de convenir, con *Díez Ripollés* ⁵⁶, al abordar de manera específica y monográfica el que denomina «objeto de protección en el nuevo derecho penal sexual», que la tuición de la libertad sexual esto es, su identificación como bien jurídico objeto de protección, es el presupuesto o, si se prefiere, justificación de las intervenciones jurídico penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos, citando el referido autor en su apoyo a Morales Prats, García Alberó, Queralt Jiménez, Carbonell Mateu, Tamarit Sumalla y otros. Así pues, la libertad sexual ha de ponerse en conexión inevitable con el ejercicio de la sexualidad, siendo el libre ejercicio de ésta, la deci-

⁵⁴ Sentencia de 16 de abril de 2002. Número 00-795 Jhon D. Ashcroft, Fiscal General y otros demandantes contra la Coalición de Libertad de Expresión y otros demandados. Ponente Kennedy.

⁵⁵ Ejemplos, como veremos más adelante, de lo que decimos en la tenencia para consumo de material pornográfico (art. 189.2) y la comentada pornografía virtual (art. 189.7), ambos según la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS y otros «*Delitos contra la libertad sexual*» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

sión libre sobre la propia sexualidad, el primordial e incuestionable objeto de protección. Ahora bien, aún cuando la totalidad de la doctrina *ius penalista* más autorizada ⁵⁷ convenga en que la libre decisión sobre la propia sexualidad es el sustrato primordial de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, no podemos dejar de lado, atendido el contexto del presente análisis, la dimensión o, mejor dicho, sentido en que tal libre ejercicio es protegido.

La mayor parte de los derechos, en sentido amplio, aparecen integrados por dos vertientes netamente diferenciadas en atención a las facultades que ostenta su titular ⁵⁸. Así, limitándonos estrictamente al ámbito del Derecho Penal y a modo de ejemplo, en la tuición de la libertad de culto, como derecho protegido en la sección segunda del capítulo IV del título XXI, libro II del Código Penal, se incriminan tanto las conductas de quienes impiden a otro asistir a actos de culto, como las de quienes le obligan a ello. Es decir, se tutela el derecho a la libertad de culto tanto en su aspecto positivo (derecho a poder asistir a un acto de culto), como en su vertiente negativa (derecho a no asistir a un acto de culto) ⁵⁹.

Artículo 522.

Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º *Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.*

2.º *Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión o a mudar la que profesen.*

Pues bien, trasladándonos ya al ámbito que nos es propio, es difícilmente cuestionable que la libertad sexual tiene, junto a su faceta o aspecto positivo, concretado en el derecho al ejercicio de la sexualidad, un aspecto

⁵⁷ Véanse, entre otros, TAMARIT SUMALLA en «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*» Aranzadi. 2000 (pp. 64 y 65) ORTS BERENGUER en «*Delitos contra la libertad sexual*» Tirant lo Blanch 1995 (pp. 32 y ss), Díez RIPOLLÉS en «*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*», dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

⁵⁸ Ello incluso puede ser predicado del Derecho Civil y, a modo de ejemplo, del derecho de propiedad, en que el propietario tiene una serie de facultades «positivas» derivadas de su derecho (enajenar la cosa, gravarla, etc.) y, al mismo tiempo, otras de carácter «negativo» (derecho a no ser perturbado en la posesión, a no sufrir inmisiones ilegítimas, etc.).

⁵⁹ Lo mismo puede ser predicado, también a modo de ejemplo, del derecho a la huelga, toda vez el artículo 315 del Código tutela tal derecho tanto en su aspecto de derecho a asistir o iniciar una huelga (vertiente positiva), como en el del derecho a no hacerlo (aspecto negativo).

negativo que es, precisamente, el único que va a resultar protegido por el Derecho Penal. Efectivamente, la llamada libertad sexual negativa⁶⁰ se identifica con el derecho a no sufrir la imposición de actos indeseados de índole sexual y es ese, precisamente, el núcleo esencial de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección en el título VIII del libro II del Código Penal. En efecto, tanto si hablamos de agresiones o abusos sexuales (paradigma de los delitos contra la libertad sexual), como si nos referimos al acoso sexual o a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, veremos cómo en las conductas descritas en las hipótesis típicas de los distintos ilícitos se contempla, aún cuando en distintas formas, un sujeto pasivo a quien se le impone una conducta de contenido sexual, conducta que no es por él consentida ya sea por negarse expresamente, por ser engañado, o por no tener capacidad legal para prestar consentimiento a la misma.

Ahora bien, la vertiente positiva de la libertad sexual, esto es, el derecho a realizar prácticas de índole sexual, no aparece tutelado bajo la rúbrica «los delitos contra libertad sexual». Así es, la conducta de aquel quien impide a otro u otros el llevar a cabo un acto de naturaleza sexual no merece reproche penal específico en el marco de la tuición de la libertad sexual. Ello, como es lógico, no determinará la atipicidad de tales comportamientos, toda vez podrán ser reconducidos a los delitos contra la libertad⁶¹ incriminados en el título VI del libro II del Código Penal. Ahora bien, ¿a qué es debida la falta de protección de tal faceta de la libertad sexual? Siguiendo, de nuevo, a Díez Ripollés, podemos apuntar hasta cuatro argumentos de diferente peso y trascendencia que lo justifican. Afirma el citado autor que, en primer lugar, la omisión de la protección de la libertad sexual en sentido afirmativo ha contribuido, de manera indirecta, al reforzamiento y más eficaz protección de la libertad sexual en sentido negativo. Se dice, en segundo lugar, que el carácter fragmentario del Derecho Penal es otro de los argumentos que, a buen seguro, nos permitirá comprender tal diferencia de trato por parte del Derecho Penal. Que la represión de tales conductas encuentra suficiente reproche penal en los ilícitos contra la libertad, en sentido estricto, es el tercero de los motivos que Díez Ripollés, esboza en pro de la falta de protección a la que nos referimos, añadiendo, en cuarto y último lugar, que los atentados a la libertad sexual en sentido positivo no muestran especificidad alguna en sus formas de comisión en un análisis comparativo con las coacciones. Tales

⁶⁰ Al respecto Díez RIPOLLÉS en «*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*», dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

⁶¹ Habremos de acudir, en los más de tales supuestos, a los delitos de amenazas y coacciones.

argumentos, en nuestra opinión, bien pueden concentrarse en el del carácter fragmentario del Derecho Penal, tal vez a excepción del primero de ellos que, más bien, nos parece una valoración *ex post*.

Llegados a este punto y una vez podemos afirmar que la libertad sexual en sentido negativo es el bien jurídico, no decimos aún que el único, objeto de protección en los delitos del título VIII en opinión de la doctrina más autorizada ⁶², llega el momento de ahondar en la esencia de la citada libertad sexual y, en concreto, de adentrarnos en el análisis de los fundamentos de su especificidad.

Es un hecho difícilmente cuestionable que el núcleo o eje de la libertad sexual no es sino el derecho fundamental recogido en el artículo 17 de la Constitución, en el que se afirma que «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», derecho fundamental que en el caso que nos ocupa se traduce en la libertad para decidir sobre la propia sexualidad, o, si se prefiere y siguiendo con la línea expositiva comenzada, en el derecho a no verse involucrado en actos de índole sexual no deseados. Así, serán objeto de sanción todas aquellas conductas que supongan una ablación de tal derecho y ello con total independencia de cualesquiera otras consideraciones, afirmación ésta que es compartida por doctrina y jurisprudencia ⁶³.

«... no se trata de defender la honestidad, pese a lo ya señalado en las viejas redacciones legales, sino la libertad sexual que se proyecta en todas las direcciones: en decidir qué actos de sexualidad quiere practicar la persona, cuando, cómo y con quién. Todo lo que es necesario acreditar, en cuanto a elemento normativo del tipo, es la ausencia de voluntad. Nada más.»

STS de 10 de julio de 1991.

«La persona que con habitualidad se dedica a satisfacer los deseos sexuales de terceras personas, por precio, sigue teniendo derecho a decidir el sí o no de su realización, el cómo, el lugar y la persona. Las circunstancias concurrentes determinarán, sin duda, el signo de la individualización de la pena, no la existencia del delito.»

STS de 6 de noviembre de 1992.

⁶² Entre otros, TAMARIT SUMALLA en «La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual» Aranzadi. 2000 (pp. 64 y 65), ORTS BERENGUER en «Delitos contra la libertad sexual» Tirant lo Blanch 1995. (pp. 32 y ss), Díez RIPOLLÉS en «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida «Delitos contra la libertad sexual» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

⁶³ Véanse los citados en la nota al pie número 40, así como MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en la obra dirigida por QUINTERO OLIVARES «Comentarios a la parte especial del Derecho Penal» 2.ª edición, Aranzadi, 1999, p. 236.

«Aún en el caso de que exista un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, los acusados no tienen derecho a recurrir a la violencia para imponer brutalmente la ejecución forzada de lo que sus víctimas ya no quieren realizar voluntariamente.

Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con su sexualidad.»

STS, 2.ª, de 16 de octubre de 2002.

Ahora bien, ¿en qué medida se justifica la tutela específica de la libertad sexual con respecto a la libertad en sentido estricto? La libertad sexual, dice Díez Ripollés, se configura como una concreción de la libertad personal y, al igual que otras manifestaciones de la libertad tales como la deambulatoria, es acreedora de protección especial y diferenciada en atención a la especial antijuridicidad de las conductas que suponen la ilegítima intromisión en una esfera de la libertad que se encuentra particularmente ligada a la esfera más íntima y personal del sujeto pasivo, de modo que los atentados a la libertad sexual poseen para el individuo un claro matiz diferenciador frente a otros atentados a la libertad en esferas vitales no tan vinculadas a la autorrealización personal. Junto a tales mayores contenidos de antijuridicidad, aunque de manera directamente relacionada, no puede ser desconocido que, atendidas las diversas formas de atentado a la libertad sexual, los tipos contra la libertad en sentido estricto no tendrían capacidad de asumir de manera diferenciada la totalidad de las conductas sexuales inconsentidamente impuestas, desdibujándose, de tal modo, ese mayor contenido de antijuridicidad al que hemos hecho referencia.

Como puede sin esfuerzo comprobarse, aquellos fundamentos que son desde la doctrina esgrimidos para justificar o, si se prefiere, explicar la autonomía tuitiva de la libertad sexual, son en gran medida coincidentes con los que se emplean para justificar la falta de tutela de la libertad sexual en sentido positivo, algo que, de otro lado, no es sino consecuencia lógica de, en nuestra opinión, el nudo gordiano del fundamento de tal especialidad. Nos estamos refiriendo a los contenidos adicionales de antijuridicidad material que impregnan algunos de los comportamientos incriminados en el título VIII del libro II de nuestro Código Penal y que derivan de la espe-

cial vinculación de la esfera vital de que tratamos con la autorrealización personal, con, en suma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ⁶⁴.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva irremediablemente a negar que el *artículo 17* del Texto Constitucional sea único basamento que sirve de soporte a todos los tipos delictivos que conforman el derecho penal sexual, ya que, si así fuera, difícilmente podríamos explicar la punición de, por ejemplo, el delito de elaboración de material pornográfico de menores del *artículo 189.1.a*). Para salvar este escollo quizá sea necesario puntualizar que la libertad sexual implica ese derecho a decidir cuando, como y con quién llevar a término una conducta de tal índole, pero también a formar este criterio, es decir, que la libertad para decidir sobre la propia sexualidad ha de ser extensiva al desarrollo en libertad de la sexualidad que no es sino integrante del derecho fundamental del *artículo 10* de la Carta Magna, esto es, al antes aludido libre desarrollo de la personalidad. Así, recuerda Tamarit Sumalla citando a Díez Ripollés ⁶⁵, la libertad sexual de las personas se protege, en primer lugar, prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad (p.ej: agresiones, abusos y acoso sexuales) y, en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual. En este último sentido, los tipos penales se orientarían a garantizar la incolumidad de las condiciones básicas para que, en un futuro, el sujeto pasivo pudiera alcanzar un desarrollo en libertad de su personalidad en la esfera sexual sin sufrir injerencias que el derecho no puede tutelar y que, precisamente por ello, incrimina de manera específica. Es esta última parcela de la libertad sexual la que se protege bajo la locución «indemnidad sexual» ⁶⁶ y que, con acertado criterio, aunque tal vez de manera innecesaria ⁶⁷, llevó la *Ley Orgánica 11/1999* al *nomen iuris* del título VIII en su redacción actual, aunque, como veremos, no siempre

⁶⁴ Tal opinión es compartida por Díez RIPOLLÉS en «*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*», dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999 (p. 219); MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en la obra dirigida por QUINTERO OLIVARES «*Comentarios a la parte especial del derecho penal*», 2.ª edición, Aranzadi. 1999, p. 237.

⁶⁵ «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*» Aranzadi. 2000. p. 66.

⁶⁶ A tal locución, a cuyo socaire se ha desarrollado una intensa e innecesaria polémica doctrinal, nos referiremos de manera mucho más detallada cuando tratemos el problema de la unidad o pluralidad del bien jurídico objeto de protección en las conductas genéricamente aludidas bajo la locución «derecho penal sexual».

⁶⁷ Como tendremos ocasión de comprobar en el presente estudio con ocasión de analizar la posición de la Jurisprudencia en relación al bien jurídico protegido, la introducción de la locución «indemnidad sexual» trae causa de una profusa doctrina jurisprudencial al respecto que formuló y definió el contenido de tal manifestación de la libertad sexual.

nos resultará labor sencilla la identificación de la puesta en peligro o la lesión de tal aspecto de la libertad sexual.

Así las cosas y sin entrar ahora en la cuestión relativa a si la indemnidad sexual es lo mismo que la libertad sexual o, por el contrario, algo que ha de ser nítidamente de ella diferenciado, hemos de convenir en que debe ser la interpretación conjunta de los artículos 17 y 10.1 de la Constitución la que nos permitirá construir de forma adecuada el bien jurídico objeto de protección por las conductas objeto de análisis, siendo el último de los preceptos citados objeto de una especial consideración por las Cortes Generales a la hora de afrontar y desarrollar la reforma del título VIII del Código.

«Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquélla, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”, lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STS 53/1985, fundamento jurídico 8.º, citada a título de ejemplo).»

Preámbulo del Dictamen de la Comisión emitido en la tramitación de la Ley Orgánica de modificación del título VIII, libro II del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes de 16 de octubre de 1998).

Si como consecuencia de las especialidades aludidas, *per se*, bien podríamos sentar la necesidad, desde el punto de vista del Derecho Penal, de tutelar de manera específica la libertad sexual, Díez Ripollés culmina su enumeración justificativa de tal especial tutela, aunque de manera matizada, con la referencia a los que denomina «condicionamientos normativos»⁶⁸ de los ilícitos contra la libertad sexual que, o bien no aparecerán, o bien lo harán con menor intensidad en los delitos de amenazas y coacciones. Por condicionamientos normativos entiende el citado autor los elementos valorativo-culturales que, tal como afirman Morales Prats y García Albero⁶⁹, son inherentes a las técnicas de tipificación de determinados

⁶⁸ *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*» Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999. pp. 219 a 225.

⁶⁹ «*Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*» 2.ª edición. Aranzadi. 1999, p. 237.

delitos sexuales, implicando tales elementos valoraciones de tipo moral o convicciones culturales generales sobre la sexualidad. Los citados autores se están refiriendo, en especial, a determinados delitos sexuales con sujeto pasivo menor de edad o incapaz tales como la corrupción de menores y la utilización de menores para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ilícitos en que se emplean elementos normativos tales como «pornografía», «espectáculo exhibicionista», «exhibición obscena». Ahora bien aún cuando Díez Ripollés alude a tales condicionamientos normativos como un elemento diferenciador, no lo es menos que, precisamente, a causa de la peculiar insistencia con que determinadas concepciones éticas pugnan por condicionar el ámbito de aplicación de determinados tipos penales, afirma el citado autor que, ya con carácter previo a la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/1999*, «se podían estimar limitados a la figuras delictivas pertenecientes a la periferia del derecho penal sexual».

Quien escribe estas líneas, como no podía ser de otra manera, coincide con los autores citados en, de un lado, la peculiaridad característica de tales elementos valorativos con respecto a los ilícitos contra la libertad *stricto sensu* y, de otro, en los efectos perniciosos que los mismos pueden acarrear en atención a su aptitud para convertirse en «caballo de Troya» de una moralización del derecho penal sexual ⁷⁰. Ahora bien, donde no puede estarse de acuerdo con Díez Ripollés es en que tales elementos estén limitados a figuras delictivas pertenecientes a la periferia del derecho penal sexual por cuanto, como veremos en el presente estudio, tales elementos normativos característicos infestan los tipos penales respecto de los que más reformas se han producido, siendo el verdadero eje de la reforma operada en los ilícitos que estudiamos por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*. Sobre tal cuestión, nudo gordiano del presente trabajo, volveremos al analizar detenidamente las citadas reformas y su incidencia en la concepción del bien jurídico objeto de protección en el vigente derecho penal sexual.

Llegados a este punto y tras mostrar el inicial consuno doctrinal de base relativo a que el bien jurídico tutelado en los ilícitos que integran el título VIII del libro II es la libertad sexual en su dimensión positiva y en su doble faceta de tuición del derecho a decidir sobre la propia sexualidad y a formar en libertad tal capacidad de decisión, parece adecuado reflejar aquí el posicionamiento de la doctrina patria relativo a la naturaleza individual o colectiva de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, posicionamiento que, como de inmediato anunciaremos, tal vez hubiera de

⁷⁰ Tal término es empleado por TAMARIT SUMALLA en «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*». Aranzadi. 2000, p. 65.

ser rectificado o, cuando menos, modulado, con ocasión de las reformas operadas tanto por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, como por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*.

Desde un punto de vista estrictamente teórico-descriptivo y general, el concepto mismo de bien jurídico tiene por misión designar el objeto protegido por el sistema penal, permitiendo la identidad material entre bien jurídico y norma la revisión contextual de la labor del legislador ⁷¹. Así, los bienes jurídicos, como recuerda Jescheck, son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho Penal otorga su protección, implicando tal tución jurídica que mediante las normas penales concretas será prohibido, con la amenaza de la pena, todas aquellas acciones que resulten idóneas para menoscabar, de manera particularmente peligrosa, los intereses vitales de la comunidad ⁷². Pues bien, como de la simple comparación de determinadas normas penales resulta ⁷³, tales intereses no pueden identificarse, única y exclusivamente, con valores o derechos individuales sino que, precisamente merced a la necesidad de entender el bien jurídico como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, éste puede ser atribuido, como titular, tanto a la persona individual como a la colectividad ⁷⁴. ¿Qué naturaleza tienen las conductas que conforman el llamado derecho penal sexual? La respuesta al interrogante planteado, por su íntima relación con el objeto de estudio en el presente trabajo, no es de simple solución. Si hubiéramos de expresar la posición doctrinal dominante sobre la cuestión que acaba de ser planteada, habríamos de comenzar partiendo de la práctica unanimidad relativa a la posibilidad de interpretar la totalidad de las normas penales acogidas bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual» desde la perspectiva de la protección de la libertad sexual de las personas individuales. Así, Tamarit Sumalla efectúa tal afirmación de manera directa y tajante tras la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril* ⁷⁵. Díez Ripollés, como hemos visto en el presente apartado y en tanto que vincula de manera directa la libertad sexual, como bien jurídico específicamente tutelado, con la autorrealización personal y el libre

⁷¹ Véase al respecto BUSTOS Y HORMAZÁBAL en «Lecciones de Derecho Penal I». Trotta 1997, pp. 57 a 62.

⁷² «*Tratado de Derecho Penal*». Parte general». Traducción de Manzanares Samaniego. 4.^a edición. Comares. 1993, p. 231).

⁷³ Es difícilmente cuestionable la naturaleza individual del derecho a la vida tutelada en los artículos 138 y ss del Código Penal en contraste con el carácter colectivo del bien jurídico tutelado mediante la incriminación de los ultrajes a España y sus Comunidades en el artículo 543 del mismo cuerpo legal.

⁷⁴ Vid. obra citada en 72, pp. 232 y 233.

⁷⁵ «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*». Aranzadi. 2000, p. 66.

desarrollo de la personalidad ⁷⁶, asume la naturaleza o dimensión individual de la libertad sexual, si bien, a la hora de referirse al delito de corrupción de menores reinstaurado en la reforma legal a la que acabamos de aludir, parece matizar su posición, más ello sin llegar a decantarse por la efectiva espiritualización o desvinculación de la esfera individual de la libertad sexual de las víctimas de conductas susceptibles de ser reconducidas al delito de corrupción.

La libertad sexual, entendida como garantía de que toda persona ejerza su actividad sexual en condiciones de libertad individual y, por lo tanto, la asociación indisoluble del bien jurídico libertad sexual a la libertad individual, se erigirá en obstáculo a que el Derecho Penal se convierta en instrumento de imposición de contenidos morales, y ello con independencia de que tales contenidos estén realmente vigentes en la sociedad o, por el contrario, sean ideales a los que se aspira por el legislador ⁷⁷. Ahora bien, el consenso doctrinal expuesto de forma somera no supone, ni mucho menos, que no existan matizaciones de singular importancia a la hora de llenar el contenido o, si se prefiere, dotar de significado tal faceta de la libertad. En efecto, lo que pretendíamos en el momento presente era mostrar el acuerdo doctrinal contemporáneo sobre la necesidad de articular los tipos contenidos bajo la rúbrica del título VIII sobre la base de la lesión o puesta en peligro de un derecho personalísimo cual es la libertad sexual, bien jurídico éste que, en palabras de Orts Berenguer ⁷⁸, es el más descollante de los protegidos, sugiriendo ya que, junto a la libertad sexual, encontraremos, en algunas ocasiones, otros bienes que podrán ser lesionados o puestos en peligro (como será el caso de la integridad física en los ataques violentos a la libertad sexual) y, en otras, determinados valores o intereses que se acercan más a aquella honestidad o moralidad de las que, precisamente, había de huirse ⁷⁹.

II.II.II POSICIÓN EN CUANTO A SU UNIDAD

Hemos hecho alusión en el presente estudio, a la hora de abordar la posición del legislador con respecto al bien jurídico objeto de protección en

⁷⁶ «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*». Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, p. 219.

⁷⁷ Al respecto, TAMARIT SUMALLA en «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*». Aranzadi. 2000, pp. 64 y 65.

⁷⁸ En su obra «*Delitos contra la libertad sexual*» Tirant lo Blanch, 1995, p. 32.

⁷⁹ Recuérdese lo antes dicho en relación a la posición declarada por el legislador en las reformas de los ilícitos objeto de nuestro análisis en los años 1995 y 1999.

los ilícitos que nos ocupan, a que de la propia exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, seguían con claridad meridiana dos afirmaciones de diversa significación y trascendencia. La primera de ellas se refería a que el derecho esencial, fundamental e incuestionablemente protegido en el título VIII es la libertad sexual. Ahora bien, además de tal declaración y tras ella, veíamos cómo el legislador reconocía abiertamente que, junto a la mencionada libertad sexual, existen otros valores o intereses que se verán protegidos bajo la tantas veces mencionada rúbrica.

«... no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.»

Bien podría ser afirmado, tras la lectura del fragmento que antecede, que el legislador, a la hora de contemplar al menor de edad o incapaz como víctima de las conductas descritas en el Título VIII, ha partido de la existencia de determinadas especialidades con respecto a la libertad sexual entendida en sentido estricto y que aglutina bajo la denominación «indemnidad sexual». Ahora bien, una cosa es convenir en la necesidad de incriminar determinadas conductas de naturaleza sexual que, por razón de la escasa o nula capacidad de discernimiento del sujeto pasivo de las mismas, sí podrían ser lícitas entre adultos con capacidad suficiente, y otra es afirmar que el bien jurídico protegido que lesionan o ponen en peligro determinadas conductas incriminadas en el título VIII del libro II sea algo distinto de la libertad sexual. Tal disquisición es la que va centrar nuestra atención en las próximas líneas.

II.II.II.I *La indemnidad sexual como bien jurídico de carácter dinámico*

Hemos dicho, al mostrar la posición de la doctrina mayoritaria en relación al bien jurídico objeto de protección en los delitos tipificados bajo la rúbrica «delitos contra la libertad e indemnidad sexual», que el mismo se identificaba con la libertad sexual en sentido lato, siendo ésta entendida como derecho individual y en su vertiente negativa. Así, la libertad sexual de las personas se protegería, en primer lugar, prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad (p. ej: agresiones, abusos y acoso sexuales) y, en segundo lugar, prohibiendo conductas

sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual ⁸⁰. En este último sentido, los tipos penales se orientarían a garantizar la incolumidad de las condiciones básicas para que, en un futuro, el sujeto pasivo pudiera alcanzar un desarrollo en libertad de su personalidad en la esfera sexual sin sufrir injerencias que el derecho no puede tutelar y que, precisamente por ello, incrimina de manera específica. Es esta última parcela de la libertad sexual la que se protege bajo la locución «indemnidad sexual» y que acostumbra a ser identificada, tal como lo hacen, entre muchos otros, Morales Prats, García Albero, Díez Ripollés, Muñoz Conde y Tamarit Sumalla, con la llamada capacidad *in fieri* de autodeterminación sexual. Ahondemos en tal diferenciación.

Pese a que, formalmente, la locución «indemnidad sexual» tuvo acceso al Código Penal con ocasión de la reforma operada en el año 1999, no puede ser desconocido que, a la hora de afrontar el análisis del bien jurídico objeto de protección en determinados delitos contra la libertad sexual con víctima menor de edad o incapaz, la referencia a la indemnidad sexual era práctica cotidiana a la hora de su enjuiciamiento. Así, a título meramente ejemplificativo y sin perjuicio del más profundo análisis que hagamos al analizar la posición de nuestro Tribunal Supremo, la totalidad de los Juzgados y Tribunales de nuestro país aludían a la indemnidad sexual como bien jurídico objeto de protección en determinados, llamémoslos así, delitos sexuales. Vemos un ejemplo de lo que decimos.

«La esencia del delito de corrupción de menores radica en la ratio legis de tutelar la indemnidad de la libido en formación de quienes aún no tienen adquirida su madurez sexual y no poseen una plena capacidad de decisión, evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su minoría de edad, que hace que les lleve a la toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal cuando aún no ha alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria, como dice la Sentencia de 14 de diciembre de 1991. No se exige hoy, por ello, en el delito de corrupción de menores, ni el fin venal o lucrativo, propio de la otra modalidad, —la de la prostitución (véase Sentencia de 26 de marzo de 1988)—; ni la habitualidad en la conducta (Sentencias de 19 de febrero de 1981; 31 de mayo de 1982; 10 de octubre de 1984; 19 de abril de 1985; 25 de junio de 1988, y 8 de julio de 1991); ni la existencia o el destino de la corrupción a terceros o, lo que es lo mismo, puede tener por fin satisfacer propósitos propios (Sentencias de 13 de junio de 1984; 24 de marzo de 1988; 10 de abril de 1989; 4 de noviembre de 1991, entre otras)

⁸⁰ Véase el apartado II.II.I del presente estudio.

por lo que en este último punto los argumentos del recurso antes citados carecen de valor.»

STS 1468/1993, de 18 de junio de 1993.

«La libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de autodeterminación sexual; en este punto, parece oportuno hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas para proteger a los niños contra toda forma de abuso físico o mental, incluso el abuso sexual, y a protegerlos contra todas las formas de explotación y de abusos sexuales (arts. 19.1 y 34).

El delito de corrupción de menores del artículo 452 bis.b).1.º del Código forma parte del elenco de las medidas protectoras y es configurado por la jurisprudencia como una infracción tendencial que se consuma desde el inicio de los actos que tienen potencialidad corruptora, sin necesidad de una pluralidad de acciones, de la oposición o consentimiento del menor, o de que se trate de satisfacer los propios deseos lascivos o los de un tercero, y la potencia corruptora de tales actos se mide por su aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor; comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas.»

STS 144/1995, de 8 de febrero de 1995.

De las resoluciones parcialmente transcritas se sigue, sin mayor esfuerzo, la asunción jurisprudencial de los postulados que, de facto, también eran defendidos desde la doctrina y que se concretaban en el hecho evidente de la falta de capacidad de autodeterminación en la esfera sexual de los menores de edad y los incapaces y en la consiguiente necesidad de, cuando menos, matizar la esencia del bien jurídico objeto de protección más allá de la libertad sexual individual y en sentido negativo. Así, como recuerdan Morales Prats y García Alberó, cuando de la protección de menores de edad en el ámbito sexual se trata, en tanto que los mismos adolecen de capacidad analítica suficiente para decidir de manera responsable sobre su sexualidad incompleta, el derecho penal sexual y, con él, los tipos penales,

se orientarán a preservar las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, «preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros»⁸¹.

Desde la doctrina *ius penalista patria* ha sido asumida una posición que podemos tildar de unánime en relación a la aludida necesidad de introducir, cuando menos, ciertas matizaciones sobre la dimensión del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad sexual cuando de víctimas menores de edad o incapaces hablamos. Incluso algunos autores, como Aguado López⁸², a la hora de analizar el bien jurídico objeto de protección en el delito de corrupción de menores y situándose en la posición doctrinal minoritaria, asumen la necesidad de formular ex novo dicho bien jurídico por cuanto, según la citada autora afirma, en aquellos ilícitos destinados a la protección de la sexualidad de los menores, a diferencia de lo que acontece con aquellos que afectan a mayores de edad, el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, toda vez se considera que los mismos carecen de capacidad suficiente para el ejercicio libre y autónomo de la sexualidad.

Como de las citas doctrinales aludidas puede inferirse, el análisis y delimitación del bien jurídico objeto de protección en los supuestos de víctima menor de edad o incapaz ha adquirido gran predicamento, ello hasta el punto de haber sido discutida su sustantividad con respecto a la libertad sexual. Pues bien, como hemos anunciado, de tal vinculación trataremos en el siguiente apartado, siendo la tarea que ahora hemos de enfrentar la atinente al exacto contenido de la indemnidad sexual.

Tal como señala Díez Ripollés⁸³, la indemnidad sexual es concepto sobre cuyo contenido nunca ha habido un acuerdo real, siendo al mismo inherente una cierta y preocupante tendencia a confundirse con otros términos tales como «intangibilidad sexual» o «bienestar psíquico» que, en suma, no parecen sino pretender una cierta atomización del bien jurídico protegido en el derecho penal sexual. Efectivamente, acabamos de ver, al aludir de manera breve a la asunción jurisprudencial de las especificidades, por razón del sujeto pasivo, de determinados ilícitos sexuales en relación al

⁸¹ «Comentarios a la parte especial del Derecho Penal» 2.ª edición. Aranzadi 1999, p. 237. En idéntico sentido, TAMARIT SUMALLA en «La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual». Aranzadi 2000, pp. 64 a 66 o Díez RIPOLLÉS en «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida «Delitos contra la libertad sexual». Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999.

⁸² «El delito de corrupción de menores». Tirant lo Blanch 2003, pp. 105 a 120.

⁸³ «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida «Delitos contra la libertad sexual». Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, p. 232.

bien jurídico objeto de protección, que, en tan sólo dos resoluciones, se alude al mismo con locuciones tan diversas como «madurez sexual», «intangibilidad sexual», «futura libertad sexual», «autodeterminación sexual» o «normal desenvolvimiento sexual». ¿Son todas ellas equivalentes? Dicho de otra manera, ¿resulta admisible identificar el bien jurídico objeto de protección en determinados ilícitos sexuales con cualesquiera de las locuciones transcritas? Veámoslo.

Comenzando por una interpretación mera y estrictamente gramatical, define el *DRALE* el vocablo «indemnidad» como *el estado o situación del que está libre de daño o perjuicio*, siendo definida la «intangibilidad» como *la cualidad de ser intangible*, esto es, la de no poder o *no deber ser tocado*. Tales locuciones son las que mayor acogida han tenido entre la doctrina patria, aludiendo a la relación entre ellas, y de ellas con la libertad sexual, autores tales como Díez Ripollés, Muñoz Conde, Carmona Salgado, Tamarit Sumalla, Orts Berenguer, Carmona Salgado o Velázquez Barón. Ahora bien, profundizando algo más, es posible establecer ciertas diferencias entre aquellos que parecen diferenciar ambos conceptos, tales como Díez Ripollés, o Aguado López⁸⁴ y aquellos otros que los reputan sinónimos, como Velázquez Barón⁸⁵. Tal polémica, pese a estar basada en una diferencia semántica cierta, la consideramos desde estas líneas como de carácter menor, toda vez el nudo gordiano de la cuestión que nos ocupa es, precisamente, determinar el alcance de la sexualidad de los menores o incapaces. Así, deberá convenirse en que con las interpretaciones basadas estrictamente en la literalidad, poca o ninguna luz arrojamamos sobre la cuestión que nos ocupa, ello merced a que la dificultad interpretativa de ambas locuciones estriba en el segundo de sus elementos; esto es, el contenido la sexualidad del menor o incapaz, siendo el estado libre de perjuicio de la misma lo realmente tutelado y, por ello, trascendente.

Siguiendo, de nuevo, a Díez Ripollés⁸⁶, quien parece aglutinar la opinión mayoritaria, con la locución indemnidad sexual lo que se pretende es expresar el interés de la sociedad en que determinadas personas, por razón

⁸⁴ Respectivamente, «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida *«Delitos contra la libertad sexual»*. Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, p. 232 y *«El delito de corrupción de menores»*. Tirant lo Blanch 2004, pp. 105 a 120.

⁸⁵ *«Los abusos sexuales»*, Bosch 2001.

⁸⁶ *«El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual»*, pp. 232 a 234. Los planteamientos que se exponen al respecto son compartidos, entre otros, por autores tales como TAMARIT SUMALLA en *«La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual»*. Aranzadi 2000; FERMÍN MORALES PRATS y RAMÓN GARCÍA ALBERO *«Comentarios a la parte especial del Derecho Penal»*. Obra conjunta dirigida por Gonzalo Quintero Olivares. 2.ª edición. Aranzadi. 1999, pp. 236 a 239.

de sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualesquiera daños derivados de experiencias sexuales, finalidad cuya consecución ha de pasar por mantenerles, de manera total o parcial, al margen del ejercicio de la sexualidad. Tal definición, a nuestro entender, sintetiza la totalidad de los derechos o intereses que determinados autores ⁸⁷ han situado, bien en la órbita de conceptos con pretensiones de autonomía tales como «bienestar psíquico» o «intangibilidad sexual», bien en el espectro de conceptos meramente descriptivos como «futura libertad sexual», «autodeterminación sexual» o «normal desenvolvimiento sexual». Ahora bien, de tal concepto se siguen dos cuestiones de singular importancia que, al tiempo, se encuentran en íntima conexión. Efectivamente, si identificamos la indemnidad sexual con la necesidad de preservar a los menores o incapaces de daños derivados de experiencias sexuales, y tal objetivo es cumplido manteniéndoles, de manera total o parcial, al margen al ejercicio de la sexualidad, resultará preciso, de un lado, que definamos qué tipo de experiencias sexuales pueden ser perniciosas y, de otro, admitir la naturaleza esencialmente evolutiva de la sexualidad, lo cual, como veremos, no es sino consecuencia que fluye con naturalidad de la simple observación de las conductas que el legislador incrimina con la finalidad de tutelar la indemnidad sexual de los menores de edad e incapaces.

La primera de las cuestiones planteadas, esto es, la relativa a las experiencias sexuales de las que debe preservarse a los menores de edad o incapaces, ha de ser respondida por el Código Penal, toda vez el mismo ha de definir, de manera taxativa, aquellas conductas que, aún pudiendo ser lícitas entre adultos ⁸⁸, no pueden involucrar a un menor o incapaz. Pues bien, la primera conclusión que obtendremos tras el análisis de las diferentes conductas que en el título VIII del libro II contemplan a un sujeto pasivo menor de edad o incapaz, es que en las mismas pueden ser clasificadas según el menor de edad o incapaz pueda o no consentirlas. En efecto, un ejemplo claro de lo que decimos es la comparación entre las relaciones sexuales de los menores de edad con mayores de edad, de un lado, y la participación de menores de edad en espectáculos pornográficos. Así, para el caso de relaciones sexuales, la licitud de la conducta dependerá de si el menor de edad mayor de trece años consiente o no libremente tales relaciones, resultando atípicas en el primer supuesto, por lo que, sin duda, pode-

⁸⁷ Resulta al respecto interesante el sucinto análisis que lleva a término AGUADO LÓPEZ al hablar del bien jurídico objeto de protección en «*El delito de corrupción de menores*». Tirant lo Blanch 2004, pp. 105 a 120.

⁸⁸ Véase el tenor literal de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de reforma del Código Penal, en el ámbito que nos ocupa y que ha sido parcialmente transcrita en el presente estudio al analizar el bien jurídico proclamado por el legislador (apartado II.I.I).

mos afirmar que los menores de edad mayores de trece años sí pueden decidir sobre un aspecto, sin duda trascendente, de su sexualidad. Ahora bien, en la segunda de las conductas objeto de la comparación, esto es, en la participación de menores en espectáculos pornográficos, el legislador niega al menor de edad mayor de trece años capacidad para emitir un consentimiento válido y, por ello, disponer efectivamente de tal ámbito de su sexualidad. A los fines de una mayor claridad, procederemos a transcribir los preceptos en que tales conductas aparecen incriminadas ⁸⁹.

Artículo 181.

1. *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

2. *A los fines del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo transtorno mental se abusare.*

Artículo 189.

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:*

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

Según lo expuesto, bien podría decirse que intentar definir la dimensión penalmente protegida de la sexualidad de los menores e incapaces a través del análisis de las conductas ilícitas es tarea condenada al fracaso, mas ello, sin duda, no es del todo cierto. Así es, la imposibilidad misma de establecer una regla general que aglutine la totalidad de los ataques sobre la sexualidad de los menores, es la que nos ha de llevar a concluir que el bien jurídico protegido es de carácter dinámico, carácter éste indisolublemente unido a la esencia misma de uno de los fundamentos constitucionales de la propia libertad sexual y que, como veíamos al tratar los fundamentos de su especialidad ⁹⁰, se identifica con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10 de nuestra Constitución. A tal carácter dinámico y esencialmente cam-

⁸⁹ En el caso del artículo 181, su redacción vigente procede de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, mientras que tenor que transcribimos del artículo 189, tiene su origen en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁹⁰ Véase el apartado II.II.I del presente estudio.

biente parece aludir Díez Ripollés, cuando, como hemos visto, identifica la indemnidad sexual con la necesidad de preservar a los menores o incapaces de daños derivados de determinadas experiencias sexuales, siendo tal objetivo cumplido manteniéndoles, de manera total o parcial, al margen al ejercicio de la sexualidad.

La indemnidad sexual, según lo expuesto, dará nombre a un proceso dinámico que, en suma, identifica el bien jurídico protegido con la formación y desarrollo de la sexualidad como aspecto de la personalidad, presentándose, en definitiva, como un bien jurídico cuyos atentados serán eminentemente circunstanciales. Ello en la medida en que deberá ponderarse, en todo caso, la potencialidad lesiva para tal proceso formativo de las conductas impuestas, ponderación que, en suma, evidenciará un juicio de anti-juridicidad material.

II.II.II.II *La libertad sexual como categoría omicompreensiva*

Son muchos, como hemos visto, los autores que han abordado el análisis del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad sexual y, como hemos tenido ocasión de constatar, la mayoría de ellos, junto a la libertad sexual en sentido estricto, aluden a derechos o intereses específicos que, de ordinario, subsumen en la locución indemnidad sexual, locución con la que, como hemos expuesto en el apartado anterior, se pretende aludir a un proceso dinámico formativo consistente en el desarrollo en libertad de la personalidad en el ámbito afectivo y sexual. Ahora bien, ¿Estamos ante algo distinto de la libertad sexual en sentido negativo e individual? O, por el contrario, ¿Pueden todos los ilícitos penales con víctima menor de edad o incapaz ser interpretados desde la perspectiva de la protección de la libertad sexual de las víctimas individuales⁹¹? Tal cuestión es la que ocupará en este momento nuestra atención.

Parece oportuno comenzar el estudio de la cuestión que acaba de ser enunciada afirmando que son mayoría⁹² los autores en la doctrina penal patria que consideran la indemnidad sexual como un aspecto susceptible de ser reconducido a la libertad sexual. Así Fermín Morales Prats y

⁹¹ Recuérdese que esta última era la posición ya comentada y que, siguiendo a Díez Ripollés, sustentaba TAMARIT SUMALLA en «*La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*». Aranzadi 2000, p. 66.

⁹² Hay contadas opiniones disonantes tales como las de Sara Aguado y Cuerda Arnau, mas, como veremos, la doctrina dominante, si bien evidencia ciertos matices a la hora de dotar de contenido la locución «indemnidad sexual», coincide en que la misma puede ser considerada como una manifestación de la libertad sexual o, cuando menos, como algo intrínsecamente unido a la misma.

Ramón García Albero, al reflexionar sobre el bien jurídico protegido en el título VIII tras la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999*, afirman que la libertad sexual bien puede dar cuenta del fundamento material de las distintas conductas que contemplan a los menores e incapaces como víctimas, identificando indemnidad sexual con libertad sexual *in fieri*, llegando a afirmar que la inclusión misma de la indemnidad sexual en el *nomen iuris* del título VIII dista de tener mucha trascendencia⁹³. Tal opinión, como hemos visto en el apartado que antecede, tiene su apoyo en que la locución indemnidad sexual tenía ya amplia acogida doctrinal y jurisprudencial con carácter previo a la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999*, de 30 de abril⁹⁴.

La aludida posición, que tildamos de mayoritaria, es también defendida por Tamarit Sumalla, aunque con ciertos matices⁹⁵, y supone la negación a la indemnidad sexual de un contenido propio, haciendo el autor en último lugar citado suyas las tesis de Díez Ripollés, cuando afirma que la totalidad de los delitos sexuales comulgan en lo que denomina un *continuum delictivo*⁹⁶, lo cual se traduciría en el hecho de que, en todos ellos, la participación de la víctima en el comportamiento sexual del sujeto activo no sería libre, bien por serle impuesta al sujeto pasivo una determinada conducta de naturaleza sexual contra su voluntad expresa, bien por no serle permitido formar en libertad tal voluntad, bien porque la víctima no es capaz todavía de tomar esa decisión o no lo será nunca.

Tales posiciones, pese a identificar la totalidad de los intereses o valores protegidos en el derecho penal sexual con la libertad sexual en la forma que hemos expuesto, no suponen, ni mucho menos, la negación de la existencia de otros valores o intereses que, desligados de la libertad sexual, aparecerán, junto a ella, como valores o intereses tutelados. Es decir, que el afirmar la unidad del bien jurídico protegido en los ilícitos contra la libertad sexual no supone excluir la existencia de otros valores o intereses protegidos, sino, simplemente, convenir en que tal protección tendrá carácter accesorio o, cuando más, complementario a la protección de la libertad sexual. Ilustremos lo que decimos poniendo el ejemplo del delito de acoso sexual.

⁹³ «Comentarios a la parte especial del Derecho Penal». Obra conjunta dirigida por Gonzalo Quintero Olivares. 2.ª edición. Aranzadi. 1999, pp. 236 a 239.

⁹⁴ Recuérdense las ahí citadas SSTs, Sala 2.ª, 1468/1993, de 18 de junio y 144/1995, de 8 de febrero.

⁹⁵ «La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual». Aranzadi 2000, pp. 66 a 69.

⁹⁶ Vid nota anterior, p. 65.

Artículo 184.

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

La simple lectura del precepto transcrito y, en concreto, lo resaltado en letra negrita, nos sugiere la afectación, como presupuesto de perfección delictiva, de la dignidad humana, toda vez el sentimiento de humillación, la percepción sobre la propia valía, es la esencia misma del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la integridad moral⁹⁷, posición ésta mantenida tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, la *Sentencia de 27 de septiembre de 1999. Parágrafo 120. Smith y Gradi contra Reino Unido*), como por nuestro Tribunal Supremo (un ejemplo lo constituye la *STS 2.ª, 1122/1998, de 29 de septiembre*). Pues bien, pocos son los que cuestionan en la doctrina *ius penalista* que en el delito de acoso sexual el bien jurídico objeto de protección sea la libertad sexual, en tanto que derecho individual a no ser requerido insistente e indeseadamente para realizar prácticas de carácter sexual. Ahora bien, ello no supone negar que, junto a la libertad sexual, también se esté tutelando la dignidad del sujeto pasivo aunque, y aquí estará la clave, como bien jurídico mediatamente protegido. En efecto, no cabe duda, como afirma Orts Berenguer⁹⁸, que, junto a la libertad sexual, existen otros valores protegidos en el título VIII del libro II del Código Penal. Así, afirma el citado autor aludiendo a las modalidades agravadas de las agresiones sexuales del artículo 180 del Código Penal, que la dignidad personal se verá protegida en la circunstancia primera (*cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*); la intimidad, la interioridad y el bienestar psíquico en la circunstancia tercera (*cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de trece años*), y la integridad física en la circunstancia quinta (*cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código*). Ahora

⁹⁷ Así lo afirmé en «*Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica*» (CEJAJ Ministerio de Justicia. Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales I-2000).

⁹⁸ «*Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*». Obra coordinada por Vives Antón. Tirant lo Blanch 1996, pp. 905 y 906.

bien, como razona el citado autor tras aludir a otros bienes mediatamente protegidos, el hecho de que se dispense protección a todos esos valores, no los convierte en objeto formal del delito, sino que éste es prioritariamente la libertad sexual.

No obstante la posición mayoritaria expresada, no es menos cierto que un determinado sector doctrinal ha tratado de conferir autonomía, como bien jurídico objeto de protección y excluyendo a la libertad sexual, a otros valores o intereses que escaparían de la concepción de la libertad sexual en el sentido expuesto en las líneas que antecede; esto es, como derecho individual, dinámico y en su aspecto negativo. Un ejemplo de tales posiciones, que parecen de obligada referencia por el contexto del presente estudio, es la mantenida por Aguado López en su estudio «El delito de corrupción de menores»⁹⁹. Veamos con detalle la opinión de la citada autora.

Hemos de partir, de manera necesaria, del contexto en que la citada autora desarrolla su posición favorable a la diversidad de bienes jurídicos objeto de protección, toda vez ello, sin duda, condiciona y, al tiempo, limita sus conclusiones. En efecto, como del título del estudio citado se desprende, los interrogantes a cerca de la unidad o pluridad de los valores e intereses protegidos se circunscriben al ilícito de corrupción de menores, si bien, la autora a la que ahora prestamos atención, parece extenderlos a todos aquellos ilícitos en que la víctima es menor de edad o incapaz, toda vez en los mismos, según afirma, el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, toda vez se considera que los menores de edad o incapaces carecen de ella al no tener capacidad suficiente para el ejercicio libre y autónomo de la sexualidad. Ahora bien, pese a partir formalmente del análisis de la totalidad de los ilícitos sexuales con víctima menor de edad o incapaz, las conclusiones que obtiene las limita al delito de corrupción de menores. En efecto, tras efectuar un apresurado, que no incompleto, resumen sobre los distintos nombres asignados al bien jurídico objeto de protección en el derecho penal sexual, concluye que el bien jurídico protegido en el *artículo 189.3*, esto es, la corrupción de menores de edad o incapaces actualmente incriminada en el *artículo 189.4* con idéntica redacción, es *el bienestar psíquico del menor o incapaz*. Tal afirmación la apoya la citada autora en el hecho de que el citado precepto únicamente castiga aquellos actos sexuales con menores o incapaces en la medida que les causen un perjuicio psíquico, resultado que identifica con el bienestar psíquico del sujeto pasivo, siendo ello algo distinto de la libertad sexual. Ahora bien, ¿en base a qué niega la posibilidad de incluir el que llama «bienestar psíquico» en el concepto

⁹⁹ Tirant lo Blanch 2004. En particular, pp. 105 a 120.

mayoritario de la libertad sexual? La adecuada respuesta al interrogante planteado exige la previa lectura del *artículo 189.4* que, como decimos, coincide en redacción con el *artículo 189.3* vigente hasta el 1 de octubre de 2004.

Artículo 189.

4. *El que haga participar a un menor de edad o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

Si, tras la atenta lectura del precepto transcrito, recordamos la posición mayoritaria relativa a la unidad del bien jurídico y expresada en la existencia de un *continuum delictivo* en todos los delitos sexuales expresado por Díez Ripollés, en que la participación de la víctima en el comportamiento sexual del sujeto activo no sería libre, bien por serle impuesta al sujeto pasivo una determinada conducta de naturaleza sexual contra su voluntad expresa, bien por no serle permitido formar en libertad tal voluntad, bien porque la víctima no es capaz todavía de tomar esa decisión o no lo será nunca, no se acierta a comprender el porqué de la «disidencia» comentada. Si acudimos, con la intención de despejar tal duda, a las propias manifestaciones de Aguado López a la hora de analizar las posiciones de autores tales como Díez Ripollés, Tamarit Sumalla o García Albero, veremos que, específica y literalmente, concluye que lo que se protege en el *artículo 189.4*, lo relevante en suma en el delito de corrupción de menores, no es la limitación de la libertad sexual, sino el perjuicio psíquico para el menor o incapaz ya que, como sigue afirmando, aunque hubiera presión o abuso, si no hay perjuicio psíquico la conducta sería atípica.

Hemos de convenir, con la posición que acaba de ser expresada, en que resulta admisible en la práctica la imposición de conductas de índole sexual a sujetos pasivos menores de edad o incapaces si que ello, *per se*, determine la apreciación de un delito de corrupción de menores. Es más, podríamos aducir en apoyo de tal teoría la evolución simétrica que ha experimentado el delito de violencia habitual con respecto al delito de lesiones en nuestro Código Penal. Ahora bien, ello no puede llevarnos a afirmar, como hace la autora citada, que la libertad sexual del menor o incapaz carezca de relevancia y únicamente la tenga la tuición del bienestar psíquico de la víctima por el mero hecho de contemplarse como resultado de la conducta. Efectivamente, con tal razonamiento, no sólo excluiríamos el delito de corrupción de menores sino que, a título de mero ejemplo, habríamos de adoptar idéntica solución a la hora de hablar del

antes transcrito delito de acoso sexual. Recordemos, para ilustrar lo que decimos, el tipo básico de acoso sexual.

Artículo 184.

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

Pues bien, de seguir el razonamiento expuesto y en atención al resultado exigido en el precepto transcrito, igualmente debiéramos entender que en el delito de acoso el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino, tal vez y según antes hemos dicho, algo más cercano al derecho a la integridad moral. Parece más adecuado, en nuestra opinión, afirmar, como hacía ¹⁰⁰ Orts Berenguer, que si bien han de ser efectuadas determinadas matizaciones a la hora de determinar el bien jurídico objeto de protección en determinadas conductas incriminadas en el título VIII del libro II, el hecho de que se dispense protección a otros valores tales como la dignidad, la libertad en sentido estricto, el bienestar psíquico o la integridad física, no los convierte en objeto formal del delito, sino que éste seguirá siendo, prioritariamente, la libertad sexual.

La autora cuya posición estamos analizando, en tanto que disiente de la posición mayoritaria, pretende traer en apoyo de sus argumentos las tesis de Díez Ripolles ¹⁰¹ quien, pese a sostener la unidad del bien jurídico protegido en el derecho penal sexual y, en suma, afirmar la posibilidad de interpretar todas las conductas que lo integran desde la perspectiva de la libertad sexual, introduce unas fundadas objeciones a la hora de aludir al delito de corrupción de menores, ello en tanto la redacción del *artículo 189.4*, al aludir al desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, parece dejar abiertas las puertas a la protección de la que llama «moral sexual colectiva». Ahora bien, una cosa es advertir el peligro de que al socaire de la interpretación de una norma puedan regresar concepciones moralizantes ajenas a la esencia de la libertad sexual, y otra muy distinta afirmar que en el delito de corrupción de menores el bien jurídico protegido no es la libertad sexual. Así es, decíamos, al aludir a la indemnidad sexual, que la misma es un proceso dinámico que, en suma, identifica el bien jurídico

¹⁰⁰ Véase la antes aludida referencia a «*Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*». Obra coordinada por Vives Antón. Tirant lo Blanch 1996, pp. 905 y 906.

¹⁰¹ «*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*», pp. 232 a 234.

protegido con la formación y desarrollo de la sexualidad como aspecto de la personalidad, presentándose, en definitiva, como un bien jurídico cuyos atentados serán eminentemente circunstanciales. Ello en la medida en que deberá ponderarse, en todo caso, la potencialidad lesiva para tal proceso formativo de las conductas impuestas, ponderación que, en suma, evidenciará un juicio de antijuridicidad material ¹⁰². Pues bien, si convenimos en tal interpretación, ¿cómo dudar que la esencia misma de la indemnidad sexual es la que se tutela en el artículo 189.4? Afirma Aguado López, como hemos visto, que el bien jurídico tutelado en el delito de corrupción de menores es el *bienestar psíquico*, pues bien, Díez Ripollés, a la hora de aludir al citado bienestar psíquico, lejos de conferirle autonomía con respecto a la indemnidad sexual y, por lo mismo, la libertad sexual, lo tilda de mera evolución de la locución indemnidad sexual tendente a desvincularlo de interpretaciones que pudieran resultar «demasiado apegadas a ciertas concepciones éticas sobre lo sexualmente correcto». Así, el autor en último lugar citado y tras identificar el «bienestar psíquico» con el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad y, en suma, con la indemnidad sexual, concluye su consabida oposición a dotar de autonomía, con respecto a la libertad sexual, tanto a la citada indemnidad como, por extensión, al bienestar psíquico ¹⁰³.

Ahora bien, afirmar la unidad del bien jurídico objeto de protección y, por lo mismo, considerar la indemnidad sexual como un aspecto integrante de la libertad sexual, entendida ésta en su vertiente individual, negativa y dinámica, no es incompatible con la percepción, también mayoritaria, de que determinados tipos penales, recuperados unos, de nuevo cuño otros, son caldo de cultivo para el regreso o la entrada, respectivamente, de la que Díez Ripollés ¹⁰⁴, citando a Muñoz Conde, llama «moral sexual colectiva» ¹⁰⁵. Desarrollaremos tal compleja cuestión en el apartado que sigue.

¹⁰² Véase el apartado II.II.II.I del presente trabajo.

¹⁰³ Ello aparece con nitidez en las pp. 233 y 234 de su estudio «*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*». Consejo General del Poder Judicial 1999.

¹⁰⁴ Ver obra citada en la nota anterior (pp. 243 y 244).

¹⁰⁵ Y ello pese a que Muñoz Conde, formalmente, llega a disociar libertad e indemnidad sexual (Véase «Derecho Penal. Parte Especial» 14.^a edición. Tirant lo Blanch 2002, pp. 198 a 203). Ahora bien, tal autor, como hace Díez Ripollés, se limita a afirmar que el delito de corrupción de menores o incapaces «*deja en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar como último recurso para castigar penalmente cualquier comportamiento que, a su juicio, deba ser castigado*».

II.II.IV *El influjo de la moral social*

Tal como acabamos de exponer en los apartados que anteceden, la práctica totalidad de la doctrina ¹⁰⁶ concluye, con mayor o menor esfuerzo, que la totalidad de las normas penales del llamado derecho penal sexual, incluidas las relativas a víctimas menores de edad o incapaces, pueden ser interpretadas en clave de la libertad sexual como derecho consustancial al individuo, rechazándose, de plano, la posible existencia de un bien jurídico supraindividual que pueda permitir la entrada de valores genéricos tales como la dignidad de la infancia o la moral sexual. Tal posición, en cierta medida asociada, aunque no de manera exclusiva, a la negación de la indemnidad sexual como bien jurídico autónomo con respecto a la libertad sexual individual, nos presenta y plantea problemas de muy compleja solución. Veamos, tal vez, el más significado doctrinalmente.

Afirmaba ya Díez Ripolles ¹⁰⁷, tras la reforma operada en el Código Penal por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril* y, en concreto, tras ser llevado de nuevo al Código el ilícito de corrupción de menores que, merced a su configuración legal y jurisprudencial, tal conducta, tipificada actualmente en el artículo 189.4, estaba situada más cerca de los delitos contra la integridad moral que de los delitos contra la libertad sexual. Ello, de manera más o menos matizada, ha sido asumido de forma unánime en la doctrina ¹⁰⁸. En efecto, Díez Ripollés, en su ya varias veces citado artículo «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual» ¹⁰⁹, efectúa un minucioso análisis de la indemnidad sexual como bien jurídico objeto de protección tras la reforma operada en el Código Penal en el año 1999. Tras expresar la imprecisión de tal locución, afirma que, en realidad, en delitos tales como los relativos a la prostitución (*art. 187*), la provocación sexual (*artículo*

¹⁰⁶ Al respecto, VALCARCEL LÓPEZ en «*Los delitos relativos a la prostitución*». Ponencia publicada en el marco de los «*Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*». Madrid 1999, pp. 341 a 344, TAMARIT SUMALLA en «*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*». Aranzadi 2000, pp. 67 a 69, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en «*Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*». Obra conjunta dirigida por Gonzalo Quintero Olivares. 2.ª edición. Aranzadi 1999, pp. 236 a 239.

¹⁰⁷ Véanse las reflexiones al respecto efectuadas en las pp. 231 a 245 de la ponencia «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*». Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259).

¹⁰⁸ Entre muchos otros, MUÑOZ CONDE en «*Derecho Penal. Parte Especial*» 14.ª edición. Tirant lo Blanch 2002, pp. 238 y 239; CARMONA SALGADO en «*Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*». Obra dirigida por COBO DEL ROSAL. Marcial Pons 2000, pp. 175 y 176.

¹⁰⁹ Dentro de la obra por él dirigida «*Delitos contra la libertad sexual*». Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

los 185 y 186) y la utilización sexual de menores e incapaces (*art. 189.1*), pese a ser identificados como lesivos de la indemnidad sexual del menor o incapaz, se prestan fácilmente a una interpretación en clave protectora de la libertad sexual, siempre en el sentido lato que hemos expuesto en las anteriores líneas. Ahora bien, ello parece no suceder, siempre según Díez Ripollés, en las conductas de corrupción de menores descritas en el *artículo 189.4* toda vez, según el propio autor expresa, en ellas la atención se centra en la interdicción de cualesquiera comportamientos sexuales en la medida en que se estimen perjudiciales para la evolución o el desarrollo de la personalidad de tales sujetos, quedando así abiertas las puertas a la protección de la que llama «moral sexual colectiva». Tal posición es compartida por, entre otros, Orts Berenguer, quien advierte en determinados aspectos de la indemnidad sexual la puerta de entrada de concepciones y valoraciones que tienen más que ver con una determinada valoración o aspiración social que con la lesión de un derecho individual cual es la libertad sexual. Efectivamente, Orts Berenguer, en su publicación «Los delitos contra la libertad sexual»¹¹⁰, evidencia la coexistencia de los que denomina «otros valores» subyacentes en la regulación que analizaba. Es cierto que, desde la fecha de tal publicación, han sido importantes las reformas legales en la materia, mas son acogidas y expresadas algunas reflexiones que parece adecuado traer hasta aquí. Afirma el autor mencionado que, entre determinados comportamientos punibles y la libertad sexual en su concepción tradicional, no se aprecia sino una débil e indirecta tangencia, llegando a declarar la honestidad como bien jurídico protegido en determinados delitos relativos a la prostitución¹¹¹ y afirmando su absoluta modulación en relación a los delitos entonces recogidos en los artículos 431 y 432 y que hoy podemos hallar en los *artículos 185 y 186*. Esto es, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, considerando que, en tales conductas, tratándose de menores de dieciséis años de edad (téngase en cuenta que en el momento de tal estudio eran típicos los actos de exhibicionismo ante mayores de edad), se configuraba como bien jurídico protegido por la norma el interés social o individual en que los menores obtuvieran un adecuado proceso de formación.

Ahora bien, una vez evidenciado el riesgo de que la que Díez Ripollés, denomina «moral social colectiva»¹¹² tenga entrada en nuestro Derecho

¹¹⁰ «Los delitos contra la libertad sexual». Tirant lo Blanch, 1995.

¹¹¹ Páginas 55 y 56 de la obra citada en nota anterior.

¹¹² Idéntica posición mantiene Carmona Salgado cuando afirma que la misma expresión «corrupción», en tanto que aplicada a sujetos de corta edad en el marco de delitos sexuales, adolece de un claro contenido moralizante que debe quedar al margen de un Código Penal moderno que se precie de serlo. («Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial». Obra dirigida por Cobo del Rosal. Marcial Pons 2000, pp. 175, 176 y 251).

Penal con la excusa de la necesaria tutela del proceso formativo que implica, como hemos visto, el desarrollo de la personalidad y, en suma, de la libertad sexual, parece adecuado que proporcionemos una definición de aquello que ha de ser entendido por «moral social» ya que, de no hacerlo, correríamos el riesgo cierto de desconocer el contenido y dimensión real de la advertida amenaza.

No es este, sin duda, el lugar adecuado para realizar un estudio relativo al concepto de moral, su relación con la ética y los valores y, por último, su influjo en el Derecho. Ello es así por cuanto, también sin duda, excede tanto del ámbito propio del presente estudio como de la capacidad concreta de quien lo ha de firmar. Ello aconseja, cual máxima de prudencia, que tomemos prestados los razonamientos que José María Rodríguez Paniagua efectúa sobre el particular ¹¹³.

La moral social, para tener tal carácter, ha de disfrutar de idénticas notas que la de naturaleza individual, es decir, ha de exceder de los meros usos u observancias grupales más o menos extendidas para entrar en el terreno de la «moral por antonomasia». De la conciencia. Afirma el autor citado la enorme trascendencia que la moral social tiene en el Derecho. Para ser más exactos, Rodríguez Paniagua observa que la importancia directa de la moral social para el Derecho puede verse en cuanto que la legitimación de un orden jurídico dependerá de la coincidencia, en su orientación y contenidos, con los de la moral social, proporcionándole tal coincidencia una mayor consistencia. Ahora bien, lo que aquí nos interesa no es exactamente la legitimación y fundamentación de las normas en materia de protección de la indemnidad sexual, sino, en concreto, cómo la concepción social de «lo bueno», desde el punto de vista moral, determinará la concreta interpretación tanto del bien jurídico mismo, como de los elementos valorativos que plagan los tipos penales que examinaremos.

Es prácticamente inquebrantable el consuno doctrinal relativo a la existencia en los tipos penales de elementos con sustantividad diferenciada cuales son los elementos descriptivos y los de carácter normativo ¹¹⁴. Así, mientras los elementos descriptivos del tipo objetivo son aquellos que expresan una realidad natural aprensible por los sentidos, los elementos normativos contemplan una realidad que resulta determinada, bien por una norma jurídica, en cuyo caso hablaremos de elementos normativos en sentido estricto; bien por una norma social, supuesto en que nos encontrare-

¹¹³ «Moralidad, derechos, valores». José María Rodríguez Paniagua. Civitas. 2003. pp. 19 a 219.

¹¹⁴ BUSTOS Y HORMAZÁBAL. «Lecciones de Derecho Penal. Volumen II». Trotta 1999, pp. 46 y 47. MIR PUIG. «Derecho Penal. Parte General», 6.ª edición. Reppertor 2002, p. 229.

mos en presencia de elementos valorativos para cuya comprensión, en palabras de Bustos y Hormazábal ¹¹⁵, se necesitará un complemento de carácter socio-cultural general.

Pues bien, los recién aludidos complementos de carácter socio-cultural general que el intérprete ha de emplear para intentar definir el contenido y límites de los elementos valorativos del tipo y, por lo mismo, de propio tipo, no son sino acepciones socio-culturales que cumplen la función de interpretar la norma con arreglo a la realidad social en que la misma cobra vigencia, realizándose, de tal manera, el mandato interpretativo genérico del artículo 3.1 del Código Civil. Una muestra enormemente ilustrativa de lo que afirmamos lo constituye la interpretación que del concepto «pornografía», valorativo donde los haya, efectúa nuestro Tribunal Supremo.

«La ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción, nos parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.»

STS Sala 2.ª, de 10 octubre 2000.

Tras la lectura de la resolución que antecede no puede mantenerse, con seriedad, la absoluta disociación entre la moral sexual, en el sentido que

¹¹⁵ «Lecciones de Derecho Penal. Volumen II». Trotta 1999, p. 47.

venimos asumiendo, y la libertad sexual ¹¹⁶. Efectivamente, como antes ha sido expuesto, al tratar las consideraciones genéricas en relación al bien jurídico objeto de protección ¹¹⁷, lo tutelado en el título VIII del libro II del Código Penal es la libertad sexual y no la honestidad. Ahora bien, ello no puede, sin más, llevarnos a afirmar que la moral sexual o, si se quiere, la moral social ¹¹⁸, sean elementos que han de quedar completamente al margen de la interpretación de los tipos penales, afirmación que, además de en la propia esencia de los elementos valorativos del tipo, descansa en la doctrina jurisprudencial al respecto elaborada de la que es una muestra la resolución que acaba de ser parcialmente transcrita y que, en el apartado siguiente, desarrollaremos.

No sólo al objeto de interpretar elementos valorativos del tipo habremos de acudir a patrones morales. Antes al contrario, la propia esencia del bien jurídico protegido, su construcción misma, requerirá el empleo de elementos de tal clase. En efecto, si afirmamos que el bien jurídico protegido en los ilícitos relativos a la explotación sexual infantil es la indemnidad sexual, veremos que, el propio contenido de tal derecho implica, de forma necesaria, acudir a elementos morales y socio-culturales para concretar si la conducta a enjuiciar ha supuesto una lesión o puesta en peligro del mismo. Recordemos, en primer lugar qué entendíamos por indemnidad sexual, acudiendo, a tal fin, a dos didácticas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo dictadas con ocasión del análisis del delito de corrupción de menores, paradigma de lesión de tal bien jurídico y con respecto al que Díez Ripollés, afirmaba un riesgo cierto de quiebra de la libertad sexual como bien jurídico protegido ¹¹⁹.

«... Aceptada jurisprudencialmente la naturaleza tendencial del tipo de corrupción de menores que, afectante a la moral sexual de los menores, presenta una finalidad protectora de quienes se encuentran en un momento crucial del desarrollo de su personalidad, destaca la aptitud genérica para la corrupción (Cfr. TS S 4 de enero de 1994) o la potencialidad corruptora reflejada en la idoneidad de los actos para incidir o influenciar en una per-

¹¹⁶ Hay quienes como RODRÍGUEZ PADRÓN en «*Delitos contra la libertad sexual*». Consejo General del Poder Judicial. Edj núm. 21, 1999, pp. 13 a 50, llegan a concluir que cualquier análisis jurídico de los delitos relativos a la pornografía o a la prostitución, ha de partirse de una consideración moral, p. 48.

¹¹⁷ Véanse las SSTs citadas de 10 de julio de 1991 y 6 de noviembre de 1992.

¹¹⁸ Ambos conceptos acostumbran a ser empleados en la doctrinal *ius penalista patria* de manera indistinta, siendo ejemplo de ello las disgresiones de MUÑOZ CONDE en «*Derecho Penal. Parte Especial*», 14.ª edición. Tirant lo Blanch 2002, pp. 238 y 239.

¹¹⁹ «*Delitos contra la libertad sexual*». Consejo General del Poder Judicial. Edj núm. 21, 1999, pp. 217 a 259.

sonalidad en formación como la del menor, afectando a su normal y futuro desenvolvimiento sexual (Cfr. TS S 8 de febrero de 1995)...»

STS de 22 de enero de 1996.

«Los hechos referidos suponen una incidencia traumatizante en el ámbito psicosexual, de influencia negativa en el normal desarrollo de la personalidad de los menores, cuyos instintos exacerbaba, fomentando la promiscuidad entre ellos, repercusión de menor incidencia actual dada la edad de éstos, y con posibilidad de aflorar con mayor intensidad en la adolescencia de los mismos ante un análisis más consciente, constando que han recibido tratamiento psicológico.»

STS Sala 2.ª, de 31 enero 1997.

¿Cómo concluiremos si una conducta determinada supone una incidencia traumatizante en el ámbito psicosexual, de influencia negativa en el normal desarrollo de la personalidad de los menores? ¿Qué hemos de entender por *normal y futuro desenvolvimiento sexual*? Como puede comprobarse, el concepto de normalidad aflora en las dos resoluciones transcritas, resultando necesario el empleo de idénticos instrumentos a los precisos para interpretar los elementos valorativos del tipo objetivo a los que ha sido hecha alusión. Dicho con otras palabras, la moral social, a través de los valores socio-culturales, incidirá directamente en el análisis de los ilícitos específicamente relativos a víctimas menores de edad o incapaces en dos momentos cuales son, de un lado, la definición de los elementos valorativos del tipo (vgr. pornografía, exhibición obscena, etc.) y, de otro, la constatación de si una determinada conducta puede afectar o poner en peligro el «normal y futuro desenvolvimiento sexual».

Llegados a este punto y una vez trazadas las líneas maestras del concepto de moral, en tanto que concepción socio-cultural contemporánea sobre lo bueno y, al tiempo, lo necesario de la utilización de tales concepciones a la hora de interpretar determinados elementos valorativos de los ilícitos penales, debemos plantearnos el porqué del rechazo doctrinal, al que ha sido antes hecha alusión, a la entrada en el derecho penal sexual de la moral social.

La respuesta al interrogante que acaba de ser planteado pasa por establecer una matización de importancia esencial, y es que una cosa es que la moral social, en el sentido expuesto, tenga trascendencia a la hora de conformar o, si se prefiere, dotar de contenido determinados elementos valorativos empleados en los tipos objetivos de los ilícitos (pornografía, obsceno, exhibicionista, etc.) y otra muy distinta es convertir la moral social en bien

jurídico objeto de protección. Desarrollemos de manera algo más detenida esta trascendental diferenciación. Afirmar Muñoz Conde ¹²⁰, en el desarrollo de sus tesis para disociar o, cuando menos, diferenciar la indemnidad de la libertad sexual, que las conductas que ponen en peligro o lesionan tales bienes jurídicos, se sitúan en un contexto valorativo de reglas cuya finalidad es disciplinar el comportamiento sexual relacional de las personas. Pues bien, tal contexto valorativo es lo que el citado autor denomina moral sexual, definiéndola como «aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas». Ello, continúa diciendo el citado autor, no significa, ni mucho menos, que sea tal moral sexual el bien jurídico objeto de protección en las conductas incriminadas en el título VIII del libro II, toda vez ello, tal como advierten Díez Ripollés, Tamarit Sumalla o Carmona Salgado, entre otros, conllevaría el peligro de convertir el Derecho Penal en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático ¹²¹. Ahora bien, a la hora de interpretar los concretos tipos penales y, en especial, los conceptos utilizados en su configuración, habrá de ser tenida en cuenta ese componente normativo-cultural con el objeto de situarlo en el contexto de un Estado de Derecho democrático, ello, como recuerda Conde Pumpido Ferreiro ¹²², en referencia al concepto «prostitución», merced al carácter cultural y cambiante de tales elementos, en suma y a la postre, esencialmente valorativos. Tal diferenciación, merced a su sutileza y dificultad, encierra el riesgo cierto de instrumentalización del que venimos llamando derecho penal sexual, riesgo que, si se advierte perceptible en la recuperación del delito de corrupción de menores, se antoja concretado, como tendremos ocasión de demostrar, en las reformas operadas por las *Leyes Orgánicas 11/2003, de 28 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre*.

II.III La jurisprudencia y su evolución

Pese a que, en cierto modo, hemos venido aludiendo al posicionamiento de nuestro Tribunal Supremo con ocasión de analizar el bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual,

¹²⁰ «Derecho Penal. Parte Especial», 14.ª edición. Tirant lo Blanch 2002, pp. 198 a 205.

¹²¹ Véanse, CARMONA SALGADO «Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial». Marcial Pons 2000; Díez RIPOLLÉS «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual». Consejo General del Poder Judicial 1999 y MUÑOZ CONDE «Derecho Penal. Parte Especial», 14.ª edición. Tirant lo Blanch 2002.

¹²² «Código Penal Comentado. Tomo I». Bosch 2004, pp. 585 y 586.

tales alusiones han sido efectuadas con fines netamente ilustrativos de cuestiones puntuales que hemos ido tratando, hecho merced al que parece obligado proceder, de manera separada, al análisis de la posición dominante de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo en la materia que centra nuestra atención. Ahora bien, la tarea que nos disponemos a abordar, al igual que ha sucedido en el apartado que antecede, no tiene por objeto analizar con pretensión de exhaustividad la totalidad de los pronunciamientos del Alto Tribunal, ya que, como también antes dijimos, ello no es un fin en si mismo. Antes al contrario, la exposición de la forma en que por la jurisprudencia se entiende el bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, así como la evolución que aquélla ha experimentado, será medio para intentar dar un paso más, tras el efectuado análisis de las enseñanzas de la doctrina, en aras a dibujar con claridad y precisión los derechos e intereses que subyacen en las conductas incriminadas en el título VIII del libro II del Código Penal.

II.III.I EL BINOMIO LIBERTAD/MORAL SEXUAL. ANÁLISIS DE UNA DISOCIACIÓN COMPLEJA

Hemos visto, bajo el epígrafe del presente trabajo intitulado «el influjo de la moral social», cómo desde la doctrina dominante, tras convenir en que libertad e indemnidad sexual, sean éstas o no entendidas como bienes jurídicos autónomos, se erigen en el objeto directa o inmediatamente protegidos bajo la rúbrica de «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», se advertía del riesgo cierto del retorno, vía reintroducción del delito de corrupción de menores, de determinadas concepciones caracterizadas por situar la moral social sexual como objeto de protección en el derecho penal sexual. De tal forma, se veía desbordado el objetivo primordial de tales valores sociales que era, como decíamos, conformar o, si se prefiere, dotar de contenido y significación determinados elementos valorativos empleados en los tipos objetivos de los ilícitos ¹²³.

Los ante aludidos riesgos, como vimos, eran advertidos por autores como Díez Ripollés, Tamarit Sumalla y Muñoz Conde, precisamente, merced a la involución en el trabajo de años y años de evolución a través de los cuales se pasó de tutelar un interés supraindividual y espiritualizado, cual era la honestidad, a la tutela de un bien jurídico individual que, sin duda, parecía más próximo a la esencia de un bien jurídico digno, susceptible y necesitado de la protección del Derecho Penal.

¹²³ Tales cuestiones han sido ya expuestas con detenimiento en los apartados II.I y II.II del presente trabajo.

Pues bien, lo que nos disponemos a llevar a término en las líneas que siguen, no es sino intentar mostrar la posición mayoritaria de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo en relación a los valores e intereses que aparecen tutelados bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ello, como ya es sabido, sin desconocer que la doctrina jurisprudencial no está exenta, ni mucho menos, de vaivenes. La anunciada tarea parece oportuno comenzarla aludiendo, por las razones dichas, a la no siempre regular evolución de tal doctrina jurisprudencial desde la honestidad hasta la libertad sexual como bienes jurídicos tutelados en el llamado Derecho Penal sexual, análisis que deberá estar presidido por el recuerdo de que, hasta la reforma operada por la *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, de actualización del Código Penal, los ilícitos que centran nuestra atención en el presente estudio aparecían comprendidos en la rúbrica «delitos contra la honestidad», si bien el legislador de 1989, en la exposición de motivos, aludía de manera específica a la necesidad de *sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado*. Demos comienzo a nuestro análisis por realizar lo que denominaremos un *sucinto breviario* de tal evolución.

II.III.I.I *De la honestidad a la libertad sexual. Sucinto breviario de la evolución*

Si echamos un vistazo retrospectivo a las exposiciones de motivos tanto de la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, como a la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, veremos cómo la lucha más encarnizada de las libradas en el ámbito de los ilícitos que centran nuestra atención es la de deslindar, de la manera más clara posible, la libertad sexual, como bien jurídico objeto de protección, de la comúnmente llamada honestidad¹²⁴. Dicha disociación, como acaba de ser dicho, era ya un claro deseo del legislador de 1989 cuando, en la *exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, de actualización del Código Penal, a ello aludía en los términos que, acto seguido, son transcritos.

«La necesidad de una reforma de los llamados delitos “contra la honestidad” del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor

¹²⁴ Recuérdese, por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995 cuando precisaba que lo que se pretendía con la reforma introducida en el ámbito que nos ocupa era *ade-cuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente*.

nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.»

Ahora bien, tal discusión, aunque pudiera parecer superada, sigue planteando considerables disquisiciones doctrinales, en gran medida, merced a que, como hemos visto, la honestidad, como paradigma de la moral sexual dominante y, por ello, ser con ella identificada, era considerada como el bien jurídico protegido en determinados ilícitos contra la libertad sexual hace poco más de una década. Así, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez ¹²⁵, a la hora de afrontar el análisis del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad sexual en el año 1993, establecían una clara diferenciación entre, de un lado, aquellos que *aten- taban «contra la libertad sexual individual»*, dentro de los cuales incluían la violación, el estupro, agresiones sexuales y raptó, y ello con independencia de que el sujeto pasivo de tales ilícitos fuese una persona que, bien no hubiera alcanzado cierta edad, bien adoleciese de la capacidad necesaria, y, de otro, los que llamaban «otros delitos contra la libertad sexual», grupo en que aludían a ilícitos tales como los de exhibicionismo y provocación sexual, y los relativos a la prostitución en los que, decían, se vería protegida la moral pública. Tal posicionamiento doctrinal, del que sólo hemos dado una pequeña muestra, tenía su acogida en la doctrina jurisprudencial hasta, como veremos, la trascendente *STS de 14 de diciembre de 1991*, resolución en la que el Alto Tribunal moduló de manera definitiva el concepto honestidad y su relación con la moral sexual. Veamos un ejemplo, ello no obstante, de la doctrina del Tribunal Supremo que precedió a tal línea interpretativa.

«Los libidinosos y depravados actos que se describen, y cuya realidad no se cuestiona, fueron realizados “numerosas y repetidas veces”, expresión reveladora de la continuidad y perseverancia de la conducta del procesado, sin que se haga preciso para su subsunción en el tipo legal que se llegue a la constatación numérica de los atentados sexuales consumados. El precepto legal trata de dispensar su protección a quienes, por razón de su edad, se encuentran en proceso formativo de su personalidad, sin aquella madurez psicológica y ética y suficiente carga de experiencia, para precaverse de las denigrantes y perniciosas influencias de quienes, faltos de todo escrúpulo moral, no reparan, en aras de satisfacer sus impulsos lúbricos, en instrumentar a menores para la realización de aberrantes prácticas sexuales o, presi-

¹²⁵ «Derecho Penal Español. Parte Especial», 16.^a edición. Dykinson. Madrid 1993.

didadas por reprobables fines, situar al menor de veintitrés años en el plano inclinado de su prostitución en un enviciamiento y extravío de difícil reversibilidad.

Segundo. Semejante deformación o degeneración indudablemente ha de dejar una huella profunda en la psiquis del menor, sin que se exija, cual si fuere cuantitativamente mensurable, una comprobación cuantitativa del efecto corruptor generado en el ánimo del joven, o la constatación de unos datos concretos a cuyo través se colija el propiciado índice de degradación de aquél o el grado de desviación causado en la normal línea de honestidad que a su edad corresponda.»

STS de 6 de abril de 1987.

«El delito de corrupción de menores, en su modalidad comisiva descrita en el número 1 del artículo 452 bis.b), del Código Penal, constituye una infracción contra la honestidad, y, dentro de ellas, un hecho punible relativo a la prostitución, de mera actividad y no de resultado, cuyo sujeto activo lo puede ser cualquiera, de uno y otro sexo, con tal de que sea imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser, indiferentemente, varón o hembra, pero necesariamente menor.»

STS de 23 de julio de 1988.

«El precepto legal trata de dispensar su protección a quienes, por razón de su edad, se encuentran en proceso formativo de su personalidad, sin aquella madurez psicológica y ética y suficiente carga de experiencia, para precaverse de las denigrantes y perniciosas influencias de quienes, faltos de todo escrúpulo moral, no reparan, en aras de satisfacer sus impulsos lúbricos, en instrumentar a menores para la realización de aberrantes prácticas sexuales, o, presididos por reprobables fines, situar al menor de veintitrés años en el plano inclinado de su prostitución o corrupción, en un enviciamiento y extravío de difícil reversibilidad. Semejante deformación o degeneración indudablemente ha de dejar una huella profunda en la psiquis del menor, sin que se exija, cual si fuese cuantitativamente mensurable, una comprobación cuantitativa del efecto corruptor generado en el ánimo del joven, o la constatación de unos datos concretos a cuyo través se colija el propiciado índice de degradación de aquél o el grado de desviación causado en la normal línea de honestidad que a su edad corresponda.»

STS de 17 de mayo de 1990.

Las anteriores alusiones a la *honestidad* o, incluso, la *normal línea de la honestidad*, eran la práctica ordinaria en la interpretación de los ilícitos

relativos a la corrupción de menores de edad o incapaces, alusiones que no eran sino consecuencia directa, además de la rúbrica bajo la que el propio Código Penal agrupaba tales ilícitos hasta el 21 de junio de 1989, de una determinada interpretación de los elementos normativo valorativos inherentes a determinados ilícitos que, finalmente, como acto seguido veremos, terminaron por considerarse lesivos de la libertad sexual. En efecto, como antes hemos adelantado, cualquier análisis en profundidad de la postura de nuestro Tribunal Supremo en relación al bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad sexual, bien como cabecera, bien como obligada referencia, pasa por el comentario de la didáctica *STS de 14 de diciembre de 1991*, resolución en cuyo fundamento jurídico cuarto la Sala Segunda del Alto Tribunal examinaba un recurso que deducía a su consideración la falta de antijuridicidad material de determinadas conductas en las que parecían ser objeto de tutela determinadas concepciones sociales sobre lo éticamente reprobable y, al tiempo, no existir vestigio alguno de lesión o puesta en peligro de derecho o interés elevado a la categoría de bien jurídico por el derecho penal.

«Primero. El problema del bien jurídico protegido por los delitos sexuales se planteó en Europa de una manera especialmente aguda en los años sesenta, cuando se puso en duda desde la perspectiva del Estado de Derecho la punibilidad de los actos de homosexualidad entre varones, que contenía, por ejemplo el parágrafo 175 del Código Penal alemán. En el marco de esta discusión, se sostuvo que se debía mantener la punibilidad de la homosexualidad simple, dado que “ciertamente las normas jurídico-penales protegen predominantemente bienes jurídicos, pero ello no excluye amenazar con pena también determinados casos de conductas éticamente reprobables y, según la convicción general, calificadas como depravadas” (cfr. exposición de motivos del Proyecto Alemán de Código Penal de 1962, parágrafo 216, p. 376).

Juicios como éste no pueden ser aceptados en un orden jurídico que sólo postula la penalización de comportamientos que dañen gravemente la vida social, como es el caso del español vigente. Desde este punto de partida es claro que las acciones de homosexualidad no importan por sí mismas daño social alguno y quedan por ello situadas fuera del ámbito de la autoridad del Estado.

Sin embargo, la protección de los menores frente a comportamientos sexuales de adultos que pueden llegar a perjudicar su desarrollo personal, no ha sido puesto en duda por quienes han considerado que la legitimidad constitucional de la punibilidad presupone la protección de un bien jurídico. En efecto, los autores del Proyecto Alternativo Alemán (cfr. parte especial, delitos sexuales, etc. 1968, p. 19), luego de reconocer las dificultades para configurar una protección adecuada en este sentido, han afirmado que no es admisible en la actualidad reducir la extensión del núcleo de la protección

penal respecto de los menores, en la medida en la que se puede esperar una autolimitación de los adultos respecto de los mismos. En estos casos, ya no se trata del ejercicio de la libertad protegida por el artículo 17.1 CE, sino de la libertad de realizar acciones que afectan a otros; más precisamente, a la libertad de otros.

En este sentido, cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador, por lo tanto, puede proteger penalmente a quienes –según las convenciones sociales y jurídicas vigentes– todavía no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto. Tales intervenciones del Legislador, por lo demás, se manifiestan también en otras figuras delictivas en ámbitos en los que el ejercicio de la libertad personal aparece condicionada por un determinado desarrollo de la personalidad (p. ej. en el estupro, art. 435 CP; las exhibiciones obscenas, art. 431 CP, que reconocen su fundamento en el art. 20.4 CE, etc.).

El interés social en tales decisiones autorresponsables del que parte el vigente artículo 452 bis.b).1 del CP se puede discutir de lege ferenda. Pero, no es discutible de lege lata y, sobre todo, no cabe duda que constituye la base de la disposición legal cuestionada. Por lo tanto, no cabe afirmar que el artículo 452 bis.b).1 CP contradice el principio de la limitación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos, aunque se pueda discutir –como es obvio– sobre el merecimiento de protección de este o de cualquier otro objeto jurídico de protección.

Segundo. Dicho lo anterior, no ofrece problema alguno la objeción del recurrente respecto de la supuesta fundamentación de la sentencia recurrida en “la honestidad como valor protegido, sin atender al interés jurídico libertad sexual”.

En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían entendido, ya antes de la reforma de 1989, que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el título IX del libro II del Código Penal no se podía entender en un sentido literal, sino a partir de la idea de libertad sexual. De esta manera, se puede explicar el abandono, por incompatibles con el correcto entendimiento de estos delitos, de ciertas consecuencias puntuales del bien jurídico “honestidad” como por ejemplo las que limitaban el sujeto pasivo de la violación (art. 429.1 CP) a las “mujeres honestas”.»

STS de 14 de diciembre de 1991 (recurso 2908/1989).

La parcialmente transcrita resolución, tras su lectura, nos permite comenzar observando una evidente separación entre, de un lado, la posición mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, de otro, la sustentada por un determinado sector doctrinal que, como veíamos en el apartado anterior, expresaba opiniones más próximas a la deducida por el letrado recurrente a la consideración del Tribunal Supremo. En efecto, si

recordamos lo dicho por Aguado López ¹²⁶, el delito de corrupción de menores, que es el que se incriminaba en el *artículo 452 bis.b).1* del Código Penal en la redacción dada al mismo por la *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, no podía ni puede ser explicado desde la perspectiva de la libertad sexual, opinión que, con los matices ya evidenciados en el presente estudio, matizaban autores como Muñoz Conde y Díez Ripollés ¹²⁷, quienes tildaban de regresión indeseable la reintroducción, en la reforma de la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, del delito de corrupción de menores, si bien, como vimos, el autor en último lugar citado más bien aludía al riesgo que presentaba la técnica tipificadora empleada y, en concreto, los elementos normativo-valorativos a los que se acudía. Pues bien, en la resolución parcialmente transcrita, de manera inequívoca, se afirma que el interés social en *posibilitar una decisión autorresponsable* en el ámbito de la sexualidad es el bien jurídico objeto de protección en el delito de corrupción de menores, afirmación a la que sigue la no menos tajante relativa a que *el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el título IX del libro II del Código Penal no se podía entender en un sentido literal*, toda vez se venía aludiendo a la honestidad, *sino a partir de la idea de libertad sexual*. Así, el Alto Tribunal se sitúa junto a las posiciones doctrinales de aquellos quienes entienden que la libertad sexual, como bien jurídico objeto de protección, contempla no sólo el derecho a no sufrir la imposición de actos sexuales indeseados, sino también el derecho a no ser objeto de tales actos cuando el sujeto pasivo aún no puede expresar su consentimiento de manera responsable. Esto es, la llamada indemnidad sexual. Ahora bien, lo que, siquiera de manera implícita, también es expresado en la resolución que comentamos, es que al socaire de esa tuición de la indemnidad sexual, en expresa alusión a la *exposición de motivos del Proyecto Alemán de Código Penal de 1962*, no es posible tutelar y, por tanto, amenazar con pena, *determinados casos de conductas éticamente reprobables y, según la convicción general, calificadas como depravadas*. De tal forma el Tribunal Supremo supedita la antijuridicidad material de las conductas, en el caso que tratamos, constitutivas del delito de corrupción de menores, a que en las mismas sea apreciable la lesión o puesta en peligro de ese proceso formativo de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual, quedando al margen del tipo aquellos comportamientos que, pese a ser éticamente reprobables, no sean idóneas para afectar de manera perniciosa el aludido proceso formativo. Esto es, se asume nítidamente aquella trascendental diferenciación a la que aludíamos al precisar que una cosa es que la moral

¹²⁶ El delito de corrupción de menores, Tirant lo Blanch, 2004. En particular, pp. 105 a 120.

¹²⁷ El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual, pp. 232 a 234.

social, entendida como concepción social de lo bueno ¹²⁸, tenga trascendencia a la hora de conformar o, si se prefiere, dotar de contenido determinados elementos valorativos empleados en los tipos objetivos de los ilícitos (pornografía, obsceno, exhibicionista, etc.) y otra muy distinta es convertir la moral social en bien jurídico objeto de protección.

La doctrina consolidada en la STS de 14 de diciembre de 1991, se mantuvo en la doctrina jurisprudencial posterior expresada, entre otras muchas, en Sentencias tales como la 133/1995, de 2 de febrero; 603/1999, de 23 de abril; 92/1997, de 31 de enero, y 97/1997, de 28 de enero. Veamos algunos ejemplos.

«Basta con realizar comportamientos de contenido lujurioso con menores o dirigidos a menores que tengan aptitud para incidir negativamente en el desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo en su aspecto sexual. Para que exista este delito no es necesario probar la realidad de unas efectivas desviaciones en la evolución psicosexual del menor. Basta con que se practiquen hechos que tengan aptitud para producir esas desviaciones.»

STS 92/1997, de 23 de abril.

«El delito de corrupción de menores, como señaló la Sentencia de 20 de mayo de 1991 y repitieron las de 18 de marzo de 1992 y 133/1995, de 2 de febrero, tiende a proteger a quienes por su edad se encuentran en un periodo fortuito de su personalidad integral que puede verse afectada muy negativamente por estas graves actuaciones, que pueden condicionar la vida de futuro de estas personas y, de alguna manera, puede quedar afectada su libertad y su propia dignidad. Señala la más moderna de las resoluciones citadas que cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorreproachable al respecto. Añade, además, que se trata de un delito de mera actividad, de tendencia y no de resultado, no exigiendo un fin venal o lucrativo, ni la habitualidad de la conducta. Basta simplemente que de su conducta se deriven naturalmente tales consecuencias, sin que sea preciso que tal resultado llegue a producirse realmente, pues constituye un delito de mera actividad, tendencia o de resultado cortado. Señala la Sentencia 144/1995 que el delito del artículo 452 bis.b).1 del Código Penal forma parte de un elenco de medidas protectoras y es configurado por la jurisprudencia como una infracción tendencial que se consuma desde el inicio de los actos que tienen potencialidad corruptora, sin necesidad de una pluralidad de acciones, de

¹²⁸ Véase más ampliamente al respecto el apartado de este mismo trabajo intitulado «el influjo de la moral social».

la oposición o consentimiento del menor, o de que se trate de satisfacer los propios deseos lascivos o los de un tercero; y la potencialidad corruptora de tales actos se mide por su aptitud para incidir o inferir en una formación de la personalidad del menor, comprometiendo al futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas precoces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas y perversas. Se reitera tal doctrina en las Sentencias 989/1995, de 11 de octubre; 1315/1995, de 21 de diciembre —esta última en un supuesto casi semejante al ahora examinado en esta censura casacional—, y en la 1314/1995, de 15 de diciembre, se insiste en la naturaleza del delito como de resultado cortado o de mera actividad, que no precisa un ánimo especial en el sujeto activo de la infracción punible, ni que se proponga corromper directamente al menor o menores, porque la corrupción de éstos es normalmente consecuencia de las conductas del agente y que éste no puede desconocer.

La exhibición ante menores de poco más de catorce años, de sus órganos genitales, la proposición e intento de diversos tocamientos, el obsequio con regalos y bebidas alcohólicas y con exhibición de películas pornográficas y conseguir que se bajaran sus pantalones y desnudaran completamente, haciéndoles objeto de tocamientos lascivos, llegando a masturbarse en grupo y a realizar una felación a cada uno de los menores y sacándose fotografías de tales actividades, hechos que se prolongaron durante varios días, suponen para la etapa de formación del carácter y la personalidad de tales niños una clara experiencia corruptora.»

STS 97/1997, de 28 de enero.

El proceso evolutivo al que venimos haciendo alusión, pese a que pueda ser apreciado con nitidez a partir del estudio comparado de las resoluciones que han sido objeto de transcripción parcial, se muestra con claridad meridiana, en nuestra opinión, tras el *Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1999*, acuerdo en cuyo cumplimiento fue dictada, entre otras, la trascendentalísima *Sentencia de 9 de diciembre de 1999*. Veamos el contexto que dio lugar al citado Acuerdo para, acto seguido, examinar, siempre desde la perspectiva que nos interesa a los fines del presente estudio, la solución adoptada al respecto. Comencemos.

Nuestro Tribunal Supremo, como hemos visto, llevó a término una evolución, fundamentalmente en la década de los noventa, caracterizada por precisar, en lo que al bien jurídico objeto de protección se refería, que, en las conductas que conformaban el llamado Derecho Penal sexual, el mismo no era sino la libertad sexual, manifestación específica de la libertad personal que, a su vez, se mostraba en dos vertientes diferenciables por razón del sujeto pasivo y, más en concreto, según éste tuviese o

no formada su capacidad para tomar decisiones de manera responsable en el ámbito de la sexualidad ¹²⁹. El caballo de batalla de tal evolución, sin duda, lo representaban los delitos de prostitución y corrupción de menores de edad o incapaces. Pues bien, en materia concreta del delito de prostitución de menores, atendida la forma en que las modalidades comisivas de la misa eran redactadas por el legislador y pese a afirmar el Tribunal Supremo que a través de su punición se tutelaba la libertad sexual de los menores de edad e incapaces, era práctica jurisprudencial constante el exigir, para la apreciación de tal ilícito en la conducta del cliente y en su modalidad no coactiva, que el menor o incapaz no viniera ejerciendo con carácter previo la prostitución, ello bajo el razonamiento expresado en que no podía ser prostituido aquel menor o incapaz que ya se dedicase a la prostitución. Veamos un ejemplo:

«Como dice, muy recientemente, la Sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1998, con lo expuesto no está resuelto la interpretación del artículo 187 del Código Penal vigente y su homónimo del Código derogado. Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución son formas diversas de prostituir, y que etimológicamente significan “hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero”. Este sentido semántico, en principio, lleva a pensar que la actividad prevista en el mencionado artículo, se refiere exclusivamente a que un menor o incapaz mantenga relaciones sexuales, por dinero, con personas distintas del sujeto activo, que se reserva normalmente el papel de explotador, y aun cuando podría estimarse realizado el tipo por la inducción, mediante precio a una actividad sexual con el propio inductor, siempre que ello suponga un cambio cualitativo con respecto al anterior comportamiento sexual del inducido, ello no sería admisible, porque no lo permitiría el principio de legalidad, subsumir en el tipo cualquier acto sexual conseguido mediante precio, con menor o incapaz.»

STS 647/1998, de 7 de mayo.

Si no existía pues ese «cambio cualitativo» en la conducta sexual del menor de edad o incapaz, el comportamiento de aquel quien, mediante precio, solicitaba y obtenía los favores sexuales de un menor de edad o incapaz, quedaba al margen de la ilícita conducta de favorecimiento de la prostitución. Ahora bien, si la libertad sexual del menor o incapaz era el bien

¹²⁹ Véase, a título de mero ejemplo, la *STS de 4 de abril de 1999*, resolución en la que, literalmente, se afirma lo que sigue: «Lo que se castiga en el título VIII del Código Penal 1995 son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello.»

jurídico protegido por la norma, ¿cómo justificar, desde tal perspectiva, que la licitud del comportamiento del cliente dependiese de si el menor o incapaz ejercía o no la prostitución? ¿Acaso la antijuridicidad material de ambas conductas era distinta? La respuesta a tales interrogantes no se hizo esperar, y, tras aparecer consolidada la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, se concluyó que lo en verdad relevante a la hora de considerar típica la conducta del cliente era, precisamente, la idoneidad de la misma, circunstancialmente apreciada, para que el sujeto pasivo viera afectado ese proceso formativo. Ello abstracción hecha de la conducta vital que, hasta el momento de la acción enjuiciada, hubiese tenido el menor de edad o incapaz, quedando, de tal modo, perfectamente disociados, de un lado, la libertad sexual del menor o incapaz, y, de otro, la conciencia social sobre el actuar precedente del mismo. Tal doctrina, que no es sino la que se expresa en el Acuerdo de Pleno al que hemos hecho referencia, tuvo primera e inmediata aplicación en la *Sentencia de la Sala Segunda de fecha 7 de abril de 1999*, resolución en la que se analizaba la relevancia penal de la conducta de llamado «cliente» en la prostitución de menores de edad o incapaces, asentándose en la práctica de la Sala tal línea interpretativa, buena muestra de la cual es la resolución dictada con ocasión del llamado «Caso Arni», resolución a cuya transcripción parcial procederemos acto seguido:

«El artículo 187.1 del Código Penal castiga a quien induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. Dos precisiones se hacen necesarias al examinar este precepto. La primera, que en modo alguno queda limitada la conducta delictiva a quien se enriquece con las relaciones sexuales que mantiene un tercero con los menores a cambio de dinero, en cuanto no hay razón legal para excluir a quienes mantienen directamente dichas relaciones sexuales con los menores si con ello se induce, promueve, favorece o facilita su prostitución. La segunda, que tampoco autoriza el precepto y, por consiguiente, el principio de legalidad a que se extienda la conducta delictiva a cualquier relación sexual con un menor, mediando precio, sino sólo a aquella que inicia al menor en la prostitución o le induce a continuar en esa situación a cambio de dinero. Ciertamente, el precepto se refiere al que induzca, promueva, favorezca y facilite la prostitución de un menor de edad, aun sin coacción alguna, dada la influencia que puede ejercer el dinero sobre la voluntad inmadura de un menor, viciando su consentimiento. Conducta típica que abarca tanto a quien se enriquece con las relaciones que mantienen terceros con menores como a quien directamente satisface sus deseos sexuales pagando a los menores por ello, siempre que se inicia a un menor en la prostitución o se le induce, promueve, facilita o favorece a que se mantenga en ella. Esta Sala, en un Pleno celebrado el 12 de febrero de 1999, apreció que una relación sexual con un menor, mediante

precio, puede ser constitutiva de delito aunque el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad y habrá que estar a cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los actos, su reiteración y a la edad temprana del menor para alcanzar el convencimiento de que el ofrecimiento de dinero por el adulto sea determinante de que el menor se mantenga en la prostitución. Y esas consideraciones estaban presentes, según declara la Sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1999, en la prostitución de una menor que previamente había consentido relaciones sexuales por dinero.»

STS 1743/1999, de 9 de diciembre.

De la resolución en último lugar transcrita se sigue con claridad y tal como se manifestaba en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, que una conducta como la prostitución, pese a resultar atípica por sí misma, y en tanto que idónea para comprometer al futuro el normal desenvolvimiento sexual de un menor o incapaz, podía determinar la incriminación de determinadas acciones favorecedoras, determinadoras o estimuladoras de la misma en función de la edad del sujeto pasivo. Ello, como puede comprenderse, en aquellos supuestos en que no se emplease violencia, intimidación o engaño para lograr que una persona concreta ejerciese tal actividad ya que, en tales supuesto, con independencia de la edad de la víctima, la conducta sería típica. Así, al considerar que la conducta del cliente del menor o incapaz sólo será típica en la medida en que la misma suponga un estímulo relevante para iniciar o mantenerse en el ejercicio de una actividad lesiva para el normal desenvolvimiento sexual del sujeto pasivo, se hace hincapié en la necesidad de que tales conductas posean unos contenidos de antijuridicidad material asociados, directa e inequívocamente, a la lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual, ya que ésta sigue siendo un derecho jurídicamente digno de protección con independencia de que el menor o incapaz hubiese o no ejercido la prostitución con anterioridad. Se despoja la indemnidad sexual, de tal manera, de cualquier connotación asociada a la conducta de vida de la víctima.

II.III.I.II *La función interpretativa de la moral sexual*

Acabamos de ver cómo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de forma mayoritaria¹³⁰, se decanta por considerar que el bien jurídico objeto

¹³⁰ Ya antes hemos afirmado que la práctica jurisprudencial no está exenta de excepciones o, si se prefiere, pareceres discordantes que, sin embargo, no empecen a la que es línea mayoritaria en el seno de la doctrina jurisprudencial.

de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual es, es sentido lato, la libertad sexual, entendida ésta como el derecho a no sufrir injerencias indeseadas en el ámbito de la sexualidad, comprendiendo tal protección dispensada por el Derecho Penal la tuición del derecho a desarrollar en libertad la aludida capacidad de autodeterminación sexual. De tal modo, nuestro Tribunal Supremo se acerca a las tesis de la doctrina iuspenalista patria que hemos presentado como mayoritarias, sosteniendo planteamientos cercanos a los desarrollados, por ejemplo, por autores como Díez Riopollés y Tamarit Sumalla, cuando afirmaban que la totalidad de los ilícitos que conformaban el llamado Derecho Penal sexual comulgaban en el hecho de que, en todos ellos, la participación de la víctima en el comportamiento sexual del sujeto activo no sería libre, bien por serle impuesta al sujeto pasivo una determinada conducta de naturaleza sexual contra su voluntad expresa, bien por no serle permitido formar en libertad tal voluntad, bien porque la víctima no fuere capaz todavía de tomar esa decisión o no lo fuera nunca ¹³¹. Un ejemplo sintético de tal posición es el expresado en la resolución que, acto seguido, transcribimos de manera parcial.

«La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el título VII del Código Penal 1995 son aquellas conductas en las que la involuntariedad de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello. En consecuencia, las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir, aquellas en que se fuerza de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de su situación de necesidad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1.º).

En cuanto a los menores (e incapaces), además de la sanción agravada de estas conductas coactivas (art. 188.3.º) también se castigan aquellos comportamientos que inducen, promueven, facilitan o favorecen su prostitución (art. 187.1.º), aún sin coacción alguna, pues se actúa sobre personas que carecen de la plena capacidad de autodeterminación que caracteriza a los adultos. Estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su

¹³¹ Véase el apartado II.II.II.II del presente estudio titulado «La libertad sexual como categoría omnicompreensiva» y, en especial, las citas ahí realizadas sobre la cuestión en este momento aludida.

exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento.»

STS de 7 de abril de 1999 (recurso 3237/97).

Ahora bien, como también dijimos en su momento, el identificar la totalidad de los intereses o valores protegidos en el Derecho Penal sexual con la libertad sexual en la forma que expusimos y, ahora, hemos recordado, no supone, ni mucho menos, negar la existencia de otros valores o intereses que, desligados de la libertad sexual, aparecerían, junto a ella, como valores o intereses tutelados. Es decir, que el afirmar la unidad del bien jurídico protegido en los ilícitos contra la libertad sexual no supone excluir la existencia de otros valores o intereses protegidos tal como se encargó de recordarnos, de manera extraordinariamente simple, Orts Berenguer cuando, junto a la libertad sexual como bien jurídico inmediatamente protegido, afirmó la coexistencia de otros valores o intereses que, de forma mediata, aparecían tutelados a lo largo del título VIII del libro II del Código Penal¹³². Pues bien, lo que nos proponemos mostrar en el presente apartado es la posición que nuestro Tribunal Supremo mantiene en relación a tales valores coexistentes, centrando nuestra atención en la moral sexual, el influjo de la misma en las conductas que constituyen el objeto de nuestro estudio según el Alto Tribunal y, en suma, las consecuencias que de ello puedan derivarse para la concepción de la libertad sexual como bien jurídico protegido.

Veámos, al analizar la posición de la doctrina patria sobre el influjo de la moral social, que ésta, lejos de conformar el objeto de protección del Derecho Penal sexual, tenía entrada en el mismo a través de su valor interpretativo a la hora de llenar de contenido los elementos valorativos de conductas tales como la corrupción de menores o la utilización de los mismos para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Así, se trazaba una doble precisión en relación a la moral sexual. De un lado, había de ser excluida del objeto formal de protección de las conductas incriminadas pero, de otro, era preciso su empleo para llenar de contenido determinados elementos del tipo objetivo de las mismas. Tal sutil diferenciación, atendida su ocasional complejidad, era la que llevaba a autores como Díez Ripollés¹³³ a advertir del riesgo cierto que la reintroducción de conductas tales

¹³² *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 905 y 906. El citado autor se refería a la integridad moral, la integridad física, la libertad deambulatoria o la salud psíquica, entre otros, como valores que se veían tutelados de manera mediata, por ejemplo, en los subtipos agravados de agresiones y abusos sexuales del artículo 180 del Código Penal.

¹³³ *El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual*, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

como la corrupción de menores de edad o incapaces, por causa de su recurso a elementos valorativos de compleja delimitación, suponía para esa deseable exclusión de la moral social del objeto de protección en el Derecho Penal sexual. Pues bien, para el estudio de la posición del Tribunal Supremo sobre tal cuestión parece adecuado que centremos nuestra atención en el análisis de la doctrina jurisprudencial elaborada con ocasión de interpretar los delitos relativos a la pornografía infantil en la forma en que estaban tipificados con anterioridad a la reforma operada por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre* ¹³⁴, toda vez los mismos, sin duda, son los que más elementos de carácter valorativo incluyen en la descripción de los comportamientos típicos.

Las conductas incriminadas en las hipótesis típicas del artículo 189 del Código Penal y, por qué no, las descritas en los artículos 185 y 186, emplean para definir su concreto ámbito de aplicación conceptos tales como «pornografía» o «exhibicionismo», vocablos que requieren para su debida comprensión y aplicación jurídico penal una interpretación contextualizada y asociada a las costumbres o hábitos sexuales de una sociedad determinada. De tal forma, podrán caer en el ámbito de tales conceptos, ser típicos, sin entrar aún en la lesión del bien jurídico, todos aquellos comportamientos que sobrepasen la moral sexual social en tanto que compresiva de los hábitos sexuales comúnmente observados en una sociedad dada. Veamos dos ejemplos, separados por más de una década, en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo alude a ello:

«... si bien no hay inconveniente en reconocer y aceptar la evolución de las costumbres en materia de moralidad sexual hacia una sociedad más permisiva y sexualmente más informada, la pornografía desborda los límites de lo ético, sin otra finalidad que provocar la liberación incontrolada del instinto sexual, propugnando más que una sexualidad libre una sexualidad anormal, desviada o pervertida que conduce a la degradación de la persona, en la que el amor, que es valor imprescindible de la convivencia social y en particular de la relación intersexual, resulta escarnecido y ensombrecido, siendo –la obscenidad– un ariete poderoso y demoledor contra una sociedad que cuente entre sus aspiraciones legítimas la mejora y perfección de las costumbres, la promoción de la cultura y la convivencia ordenada, de ahí la obstinada y mal comprendida insistencia de este Tribunal en reprobar por la vía de sanción penal prevista en la legalidad vigente la acción de unas minorías que, con el pretexto de supuestas ideas liberalizadoras y en todos los casos como

¹³⁴ Recuérdese que lo que perseguimos en el presente estudio es mostrar la concepción doctrinal y jurisprudencial sobre el bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con carácter previo a las reformas operadas en el año 2003 para, de tal modo, intentar analizar tales reformas desde tal óptica.

instrumento de un torpe y oscuro negocio, pretenden socavar esos cimientos del orden moral en que se asientan las actuales costumbres y normas de cultura... la Sala viene rechazando lo pornográfico en materia de publicaciones, sean libros o revistas, cuando lo obsceno domina y se encuentra presente en todas sus páginas con el propósito de provocar la lascivia y el desorden sexual, unido a una total ausencia de valores literarios, artísticos, científicos o de información sexual seria y responsable.»

STS de 28 de junio de 1984.

«Los dos elementos controvertidos son:

- a) El carácter pornográfico del material exhibido.*
- b) El elemento intencional o doloso del agente.*

Respecto del primero, la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991 llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción nos parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.»

STS de la Sala Segunda de 10 de octubre de 2000.

En las dos resoluciones parcialmente transcritas, y aun cuando separadas por dieciséis años, se asume un concepto cuasi idéntico de pornografía, concepto que permite su acomodo al contexto social contemporáneo de la conducta a enjuiciar. Ahora bien, de la simple lectura comparada de ambas resoluciones puede advertirse una diferencia trascendental y que, si duda, muestra el nudo gordiano de la cuestión que tratamos. En efecto, en la pri-

mera de las resoluciones parcialmente transcritas, la *STS de 28 de junio de 1984*, cuando se alude al interés o derecho que puede verse comprometido con la elaboración o la difusión del material pornográfico, se dice que a causa de su obscenidad, tal material se convierte en *un ariete poderoso y demolidor contra una sociedad que cuente entre sus aspiraciones legítimas la mejora y perfección de las costumbres, la promoción de la cultura y la convivencia ordenada*. Sin embargo, cuando acudimos al tenor literal de la Sentencia de *10 de octubre de 2000*, vemos cómo, al referirse el Tribunal Supremo a idéntica cuestión, se hacía hincapié en *que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes*, llegando a recordar que las normas administrativas reguladoras de tal ámbito, *parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores*. Esta última concepción, la que asocia el carácter pornográfico del material al bien jurídico protegido, es la interpretación dominante en la doctrina jurisprudencial actual, permitiéndonos apreciar la lectura comparada de las resoluciones a modo de ejemplo citadas que de poner el acento, la primera de ellas, en el influjo en bienes presuntamente patrimonio de una colectividad, se pasa, en la segunda, a centrar toda la atención en un bien jurídico personal y de carácter individual.

Según lo hasta el momento expuesto, vemos que la doctrina jurisprudencial coincide con la doctrina dominante a la hora de limitar las funciones de la moral social a la interpretación de los elementos valorativos, pero, al tiempo, se preocupa de manera expresa de impedir la confusión de la misma con el objeto de protección del derecho penal sexual. La consecuencia directa y, en nuestra opinión, deseable de la doctrina que hemos expuesto es que, centrándonos ahora en los ilícitos relativos al material pornográfico de menores de edad o incapaces ¹³⁵, las conductas incriminadas, para ser materialmente antijurídicas deberían girar en torno a la utilización de un menor o incapaz de modo que el desarrollo de su capacidad de autodeterminación sexual pudiera verse comprometida. Pues bien, ello parece no ser así en la resolución que, acto seguido, será objeto de transcripción parcial:

«La Sala Provincial construye su inferencia lógica (fundamento jurídico segundo) en base al propio contenido de los documentos gráficos, fotografías, unidas a la causa, deduciendo de aquél el ánimo o tendencia de la acusada para su ulterior exhibición. Sin embargo, ello evidentemente comporta la valoración moral correspondiente de las imágenes, que se califican como, “no meramente unas fotos asépticas sin contenido erótico, o neutrales desde

¹³⁵ Tal máxima debiera ser predicable de la totalidad de las conductas que resultan incriminadas en el título VIII del libro II.

perspectivas libidinosas”, para rechazar el argumento de la defensa que opone una tendencia o finalidad distinta, cual es “integrar un mero recuerdo de la menor en momentos en que no estuviera en su compañía o para enseñar a las amistades la imagen de su hija”, fuera de cualquier contexto libidinoso evidentemente. Es decir, existe una vía alternativa razonable opuesta a la inferencia que concluye en la existencia de la finalidad acogida por la Audiencia. Se aducen otros argumentos de significado personal, reacción de la menor o de la madre o negativa por ésta de la existencia de las fotografías (que no habían sido aún reveladas cuando se produce la denuncia), que son parte de un reportaje más amplio donde la niña también aparece junto a sus compañeras de colegio, como ha podido comprobar la Sala ex artículo 899.2 LECrim, razones que no es posible tampoco entender aisladas del contexto en que se produce la relación madre e hija. Incluso se aduce como dato periférico el haberse dedicado la inculpada “durante un tiempo suficientemente significativo al ejercicio de la prostitución”, pero ello también significa la existencia de valores morales distintos que no conllevan necesariamente los fines exhibicionistas que se presumen por la Sala de instancia.

En síntesis, la inferencia lógica que conlleva a la admisión de la ulterior exhibición de las fotografías con ánimo lúbrico carece de la necesaria consistencia si tenemos en cuenta:

a) Que se ofrece una alternativa razonable, cual es el recuerdo familiar de la madre y junto a las fotografías cuestionadas aparecen otras, que forman parte del mismo reportaje, en las que su hija está junto a sus compañeras de clase.

b) Que la situación familiar y la relación madre e hija está sujeta a unas condiciones difíciles y especiales, y por ello deducir de las reacciones de una u otra la conclusión alcanzada es problemático.

c) Que la valoración moral aplicada al contenido del reportaje fotográfico no puede prejuzgar ineluctablemente el ánimo tendencial de la acusada, pues aquel valor no es unívoco.

d) Que no se trata de inferir lo contrario, sino de verificar la consistencia de la prueba indiciaria de cargo. En cualquier caso, sea cual sea el significado erótico o sexual que se deduzca de las fotografías, su obtención es penalmente irrelevante si no se dirige a satisfacer los deseos libidinosos del autor de las mismas o está preordenada a la exhibición a otros con aquel carácter.»

STS de la Sala Segunda de 24 de octubre de 2000.

Tras la lectura de la resolución que antecede, podría defenderse que es ciertamente complejo mantener que nuestro Tribunal Supremo supedita la incriminación de las conductas relativas a la coloquialmente llamada pornografía infantil a que la específica concreción de libertad sexual de los menores, esto es, el desarrollo en libertad de su capacidad de decisión en la

esfera sexual, se vea lesionada o puesta en peligro. En efecto, si retomamos los dos últimos párrafos de la extensa Sentencia de octubre de 2000, vemos cómo el Tribunal Supremo, como hemos visto, alude a la moral social sexual como instrumento interpretativo de un elemento valorativo, cual es el carácter pornográfico del material que es objeto de enjuiciamiento («la valoración moral aplicada al contenido del reportaje fotográfico no puede prejuzgar ineluctablemente el ánimo tendencial de la acusada, pues aquel valor no es unívoco»). Ahora bien, tal como se afirma literalmente en el último párrafo de la resolución objeto de transcripción parcial, pese a que la valoración moral del material para cuya elaboración han sido utilizados menores de edad o incapaces permita concluir su carácter netamente «erótico o sexual», ello, *per se*, no bastará para considerar típica su elaboración. Recordemos literalmente tal manifestación.

«En cualquier caso, sea cual sea el significado erótico o sexual que se deduzca de las fotografías, su obtención es penalmente irrelevante si no se dirige a satisfacer los deseos libidinosos del autor de las mismas o está preordenada a la exhibición a otros con aquel carácter.»

Sólo dos opciones interpretativas son posibles tras la lectura del fragmento que antecede. La primera de ellas sería considerar que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico libertad sexual no es exigida en el tipo del artículo 189.1, limitándose éste a la sanción penal de las conductas, en tanto que socialmente inaceptables, sin necesidad de la puesta en peligro de la libertad sexual del menor de edad o incapaz. Tal interpretación, como puede comprenderse, supondría identificar la moral social con el objeto de protección de la conducta incriminada, siendo contraria tal solución la propia doctrina antes citada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

¿Cómo entender pues la afirmación transcrita? La segunda de las interpretaciones posibles, en nuestra opinión, pasa por analizar de manera conjunta la resolución en cuyo seno se efectúa la equívoca afirmación que ahora analizamos. En efecto, el material tildado de pornográfico objeto de enjuiciamiento eran unas fotografías efectuadas por una madre a su hija, habiendo concluido el Tribunal de Instancia la tipicidad del comportamiento de la madre empleando valoraciones esencialmente morales, tales como el hecho de que la madre se hubiese dedicado durante un tiempo a la prostitución. Pues bien, lo que parece expresar el Tribunal de Casación es que las valoraciones morales efectuadas no pueden conducir a afirmar el carácter pornográfico del material elaborado, precisamente, merced al especial contexto en que se desarrollaban las relaciones entre madre e hija y, a su vez, el contexto existencial de ambas. Todo ello, interpretado de manera integral, permitía dotar de sentido la explicación dada por la madre en rela-

ción con tal material: un mero recuerdo o para enseñar a terceros sin finalidad erotizante alguna. Así, el material elaborado no tendría la consideración de «pornografía» en el sentido Jurisprudencial antes expuesto, esto es, aquel material que *desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas* y, por lo mismo, a la hora de su elaboración no se habría sometido al menor a situaciones o comportamientos que pudieran resultar *perjudiciales para el desarrollo de la personalidad de los menores* ¹³⁶.

La interpretación propuesta, que no es sino resultado del análisis del contenido de la resolución objeto de comentario a la luz de los parámetros establecidos por el propio Tribunal Supremo, nos permite considerar que es doctrina consolidada en la Sala Segunda el que si bien la tipicidad de las conductas vendrá determinada por el empleo de los patrones contemporáneos de la moral sexual sobre los comportamientos sexuales socialmente aceptados, dichas conductas, para ser antijurídicas, habrán de estar tiznadas de los obligados contenidos de antijuridicidad material concretados en la puesta en peligro de, en definitiva, la libertad sexual de los menores de edad o incapaces. Tal doctrina es seguida, como no podía ser de otra manera, en la práctica totalidad de las resoluciones de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales que, en atención a las penas que el Código Penal establece para los ilícitos a los que nos estamos refiriendo, serán los en definitiva encargados de enjuiciar, en primera instancia y apelación, respectivamente, tales conductas.

«El bien jurídico protegido en el delito del artículo 189 número 1, letra a), viene referido a la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tienen capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad. La apreciación que hace la sociedad acerca del adecuado ejercicio de la sexualidad, rechaza la realización de actos envilecedores o degradantes, y no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad, como son los fotografiados que nos ocupan, a actos respecto a los cuales no tienen capacidad para consentir.

Con su conducta, el acusado atentó contra la libertad e indemnidad sexual de citados menores, aprovechándose de la edad de los mismos, del lugar en el que se encontraba y de que no existía persona adulta que pudiese observar y obstaculizar su acción de fotografiar las zonas anales, vaginales

¹³⁶ Recuérdese el tenor de la STS 2.ª de 10 de octubre de 2000, antes objeto de parcial transcripción.

y genitales de tales menores, que por su edad, carecían de capacidad para consentir u oponerse a tal acción. El acusado incurrió pues en hechos punibles penalmente, no atípicos, desprendiéndose de su conducta la concurrencia tanto de los elementos objetivos como subjetivos que caracterizan el delito del artículo 189 número 1, letra A), del Código Penal.»

SAP de Valladolid, Sección Segunda, 866/2002, de 30 de noviembre.

III. EL MARCO JURÍDICO TRAS LAS REFORMAS OPERADAS POR LAS LEYES ORGÁNICAS 11 Y 15/2003

Decíamos, en las consideraciones introductorias del presente estudio, y siguiendo al profesor Mir Puig¹³⁷, que todo Código Penal es la expresión, más o menos acertada, de un programa de política criminal determinado, siendo una de las funciones esenciales del mismo la selección de aquellos bienes que deben ser protegidos bajo la amenaza de la pena y cuya concreción dependerá de los intereses y valores del grupo social que, en el momento de su redacción, disponga del poder político. Tal tesis nos mostraba cómo en la base de todo cambio legislativo en el ámbito del Derecho Penal, subyacían unos intereses o valores concretos que serían propugnados como necesitados de salvaguarda a través de tal sector del ordenamiento jurídico. Así, de tal modo, los aludidos intereses y valores del grupo social, elevados a la categoría de bienes jurídicos, deberían ser observados con nitidez tras las normas que incriminan aquellas conductas que, precisamente, los lesionarían o pondrían en peligro, debiendo, en consecuencia, existir una correspondencia íntima, una identidad, entre aquellos valores o intereses que debieran ser protegidos y los que, finalmente, lo son. Tal correspondencia o, si se prefiere, identidad, como también anunciamos en su momento, corría el riesgo cierto de desdibujarse, por causa de intereses o presiones más o menos evidentes, dando lugar a una práctica legislativa que, en definitiva, y al socaire de velar por intereses socialmente valiosos, tenía por finalidad la protección de determinados valores que ni tan siquiera podrían ser asociados a la periferia del bien jurídico que debiera ser protegido.

Una vez hemos expuesto, en los apartados precedentes, la posición doctrinal mayoritaria y la jurisprudencia dominante en relación al bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y,

¹³⁷ Derecho Penal, parte general, 6.ª edición, Barcelona, 2002, pp. 159 a 166.

al tiempo, una vez han sido trazadas las líneas maestras sobre el significado y trascendencia del bien jurídico objeto de protección en el derecho penal y, en concreto, las consecuencias que nuestro Tribunal Supremo anuda a la ausencia de antijuridicidad material en las conductas típicas sometidas a enjuiciamiento, llega el momento de analizar, desde una perspectiva lo más objetiva posible, las consecuencias de trasladar las aludidas doctrinas a algunas de las conductas introducidas por las más recientes reformas acontecidas en nuestro Derecho penal sexual y, de tal modo, constatar el desajuste, sostenido en el presente estudio, entre, de un lado, los valores o intereses que deben conformar, en opinión de doctrina y jurisprudencia, el bien jurídico objeto de protección en los delitos a los que nos venimos refiriendo y, de otro, aquellos que parecen subyacer en algunas de las conductas que han sido recientemente incriminadas en el título VIII del libro II del Código.

Para la consecución del fin al que acabamos de aludir procederemos, de manera separada, a analizar la modificación operada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, en el último inciso del ordinal primero del artículo 188 del Código Penal, para, acto seguido, centrar nuestra atención en las modificaciones que la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, introduce en el artículo 189 del citado cuerpo legal y, en concreto, en su ordinal séptimo. Ahora bien, las conductas a las que vamos a hacer alusión, como con claridad se sigue del contexto del presente trabajo, no serán objeto de un estudio en profundidad, sino que limitaremos nuestro análisis a demostrar que, sólo una interpretación enormemente restrictiva, más allá de sus propios términos, nos puede llevar a intuir en ellas un atisbo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección en la forma en que ha sido definido por la doctrina, la jurisprudencia y, como vimos al analizar el que denominamos «bien jurídico proclamado», por el propio legislador. Comencemos pues con la reforma del artículo 188.1 del Código Penal.

III.1 La Ley Orgánica 11/2003 y la resurrección del rufianismo

La exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, como tuvimos ocasión de constatar cuando, en el presente trabajo, intentamos exponer los valores e intereses que, según el legislador, justificaban la necesidad y contenido de la reforma penal en el ámbito que analizamos, no efectúa consideración alguna sobre el porqué de la reforma que en el artículo 188.1 del Código Penal introduce, reforma que, como de inmediato veremos, tiene una trascendencia tal que, sin

lugar a dudas, la hacían merecedora de una justificación de mayor o menor extensión. Veamos, en primer lugar, la redacción del inciso primero del *artículo 188* del Código antes y después de la reforma de 29 de septiembre de 2003:

«Artículo 188 (texto anterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

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

«Artículo 188 (texto tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

1. El que determine, empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma.»

La mera lectura comparada de las redacciones transcritas del inciso primero del *artículo 188* del Código nos permite afirmar, casi a modo de premisa, que el único fin perseguido por el legislador con la reforma que introduce, a falta de modificación alguna en las penas atribuidas a la modalidad básica de prostitución determinada, es la incriminación de una conducta periférica que, lejos de quedar limitada a la citada modalidad de prostitución, esto es, a aquella en que quien la ejerce no lo hace de forma voluntaria, se extiende, sin posibilidad de duda, a los supuestos en que la persona que ejerce la prostitución lo haga de manera voluntaria. Pues bien, bajo la denominación de «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros»¹³⁸, y pese la trascendencia práctica de la reforma por los motivos que expondre-mos en el presente apartado, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, como vimos en su momento, no fue precedida de justificación o mención,

¹³⁸ BOE 234/2003, de 30 de septiembre. Entrada en vigor el día siguiente al de su publicación.

quiera sucinta, en la exposición de motivos. Recordemos el fragmento de la misma que alude a la reforma del precepto que comentamos:

«2.º *La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.*

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de Derecho Penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.»

Si centramos nuestra atención, en primer lugar, en la afirmación que el legislador hace cuando contempla la reforma del artículo 188 del Código Penal como una «necesaria adaptación técnica» a las reformas operadas en los artículos 318 y 318 bis, no podemos por más que plantear la inexistencia de justificación alguna para, desde nuestro punto de vista, la más importante y trascendente reforma penal del último lustro. En efecto, sin ánimo de exposición exhaustiva, la reforma a la que la exposición de motivos se refiere se centra en la reubicación de la llamada comúnmente «trata de blancas», esto es, de la conducta de quienes, con el propósito de la explotación sexual de las víctimas, desarrollan comportamientos tendentes a favorecer la entrada, salida o permanencia de personas en España al margen de la legalidad administrativa. Tales comportamientos, que estaban regulados en el artículo 188.2 del Código, pasaron al ordinal segundo del artículo 318 bis con la reforma que estamos comentando. La transcripción de ambos preceptos contribuirá a analizar la cuestión que tratamos con mayor claridad:

«Artículo 188 (redacción previa a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

2. *Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.»*

«Artículo 318 bis (redacción vigente tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre).

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con las penas de cinco a diez años de prisión.»

Pues bien, si procedemos a realizar una lectura comparada en la que pongamos en juego, de un lado, la declaración contenida en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/2003*, el tenor derogado del *artículo 188.2* y la redacción vigente del *artículo 318 bis.2* y, de otro, la redacción vigente del último inciso del *artículo 188.1*, no podemos sino concluir que, por más que diga el legislador, la actual incriminación de la conducta de aquel que se lucre explotando la prostitución de otra persona, cuando medie el consentimiento de la misma, no es consecuencia necesaria de la reforma introducida sino, como veremos de inmediato, recuperación de una conducta delictiva que desapareció de nuestro ordenamiento en el año 1995.

En efecto, la conducta hoy incriminada en el último inciso del *artículo 188.1* del Código no es, ni mucho menos, novedosa en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así es, como del epígrafe mismo que preside éstas consideraciones se infiere, la redacción legal vigente viene a reincorporar a nuestro Derecho Penal el ilícito tradicional y jurisprudencialmente conocido con el nombre de «rufianismo», en clara alusión a la conducta del «rufián» o persona dedicada al infame tráfico de mujeres públicas¹³⁹. Tal conducta delictiva, referida a los supuestos en que la persona que se prostituía lo hacía libremente, fue eliminada de nuestro Código Penal en el año 1995, cuando la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, lo eliminó de su articulado. Veamos, en primer lugar, la descripción legal de tal conducta antes de ser derogada por el Código de 1995 para, acto seguido, ilustrar el porqué de su desaparición:

«Artículo 452 bis.c) (redacción según la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio).

Al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote, le podrán ser aplicadas, además de las penas establecidas en el artículo 452 bis.b), alguna de las siguientes medidas:

- a) Internamiento en un establecimiento adecuado a las condiciones personales del sujeto.*
- b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.*

¹³⁹ Así define el vocablo «rufián», en su acepción primera, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

La medida de internamiento no podrá exceder a la de la pena impuesta y se computará para el cumplimiento de ésta.

A los proxenetas se les clausurará además el establecimiento donde hubiesen tenido lugar sus actividades.»

La incriminación de las conductas descritas en el precepto que acaba de ser reproducido y que estuvo en vigor hasta su derogación por la *Ley Orgánica 10/1995*, fue objeto de duras críticas en la doctrina, donde existía un consuno¹⁴⁰ relativo a que en la misma, lejos de protegerse la libertad sexual de las víctimas (véase que es indistinto que medie su consentimiento), lo que aparecía tutelado era un sentimiento de rechazo, para la moral dominante, ante lo que se consideraba una forma inmoral de obtener un beneficio económico, siendo su derogación recogida, en líneas generales, como expresión de la evolución anunciada por el legislador hacia la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, toda vez resultaba ciertamente complejo considerar que la libertad sexual, como derecho individual, aparecía lesionada o puesta en peligro con tales conductas periféricas. Una buena muestra de lo que decimos lo representan los titánicos esfuerzos de nuestro Tribunal Supremo para privar de razón a quienes, cargados de ella, consideraban que tras la supresión de la «honestidad» del *nomen iuris* de la rúbrica que comprendía tales ilícitos y, en su lugar, hablarse de libertad sexual, debían considerarse lícitas, por falta de antijuridicidad material, las conductas de quienes obtenían un beneficio económico del libre ejercicio de la prostitución ajena. Veamos dos ejemplos:

«Que la actividad sexual retribuida realizada por mayores de edad resulta atípica es evidente, pero la participación lucrativa, no producida por un mero acto aislado, sino con cierta permanencia y asiduidad se ha estimado delictiva –Sentencias de 17 de febrero de 1987 y de 14 de abril de 1990 y las numerosas en ellas citadas– concepto distinto de la habitualidad y no requerido en el tipo –Sentencia de 27 de diciembre de 1990–. Así resulta también de los pactos internacionales suscritos por España, como el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Succes, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, y al que España se adhirió el 18 de junio de 1962, de la Convención de 18 de diciembre de 1983 sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, especialmente los artículos 7 al 10. El argumento de la sustitución de la rúbrica del título IX del libro II CP de delitos contra la honestidad a delitos contra la libertad sexual, que también utiliza el motivo, carece de efica-

¹⁴⁰ Entre otros, véase la posición de Orts Berenguer en relación a determinados delitos relativos a la prostitución en las páginas 55 y 56 de su obra *Los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995.

cia suasoria, pues como señaló ya la Sentencia de esta Sala 1457/1993, de 21 junio, la libertad sexual se protege con diversas intensidades y se concreta de maneras muy diferentes, debiendo distinguirse los delitos que se estructuran sobre la violencia o el engaño, o en los caracterizados por la inexperiencia del sujeto pasivo, pero en los delitos referidos a la prostitución, por el contrario, la libertad se entiende de una manera mucho más amplia, y la ley establece, por lo tanto, tipos penales que protegen a la persona prostituida de la explotación o del peligro de ésta, tratándose de tipos penales que se explican por la experiencia criminológica y que, apoyados en ella, dan lugar a una intervención del Derecho Penal en zonas aledañas a la lesión efectiva de la libertad.»

STS de 28 de marzo de 1994.

«En efecto, la Ley Orgánica 3/1989 adoptó la rúbrica del capítulo XIII de la parte especial del Código Penal alemán vigente desde 1975, que incluye, como “hechos punibles contra la autodeterminación sexual”, los parágrafos 180.a) y 181.a), en los que se reprime el favorecimiento de la prostitución y el rufianismo. La doctrina y la jurisprudencia alemana entienden que la rúbrica del título (conceptualmente coincidente con la española) no impone que tales delitos presupongan necesariamente coacción o engaño de la persona prostituida.

La Sentencia 713/1994, de 28 marzo, reiteró tal doctrina y señaló que el argumento de la sustitución de la rúbrica del título IX del libro II del Código Penal carece de eficacia suasoria y reitera la anterior doctrina, y añade que el argumento terminológico no debe exasperarse, pues la rúbrica del título no fue entendida, ni antes ni después de la referida reforma, de un modo literal, estimándose siempre violación lo realizado sobre la prostituta no obstante no atribuírsele honestidad. Nuestro texto, que procede desde 1848 con sucesivas reformas, no es un modelo precisamente para utilizar la interpretación sistemática que puede conducir a manifiestas injusticias.

La rúbrica del título no ha tenido un sentido determinante del contenido de los tipos, ni tiene que tenerla tampoco en la actualidad. Pretender, como hace la recurrente, estimar concretados los delitos relativos a la prostitución, a la violenta y coactiva sobre mayores, choca frontalmente con la literalidad de los preceptos penales que protegen a la persona prostituida no sólo de la explotación ajena, sino del peligro de ésta –Sentencia 1457/1993, de 21 de junio–. No precisan la violencia, ni la coacción; basta el aprovechamiento más o menos periódico de la prostitución o corrupción ajena.

La homologación con otras actividades lucrativas no tiene pareja pues aquí el lucro se basa en la dignidad de la persona ajena que por su libertad puede destruirse, pero que la participación lucrativa de terceros está configurada como delito.»

STS de 1 de marzo de 1995.

Vemos que nuestro Tribunal Supremo, a la hora de referirse al bien jurídico objeto de tutela en el que denomina rufianismo, alude a una compleja protección de *la persona prostituida de la explotación o del peligro de ésta*. Ahora bien, como de inmediato veremos, una cosa es el riesgo de la explotación de una persona determinada y, otra muy distinta, que ello aparezca vinculado a la libertad o indemnidad sexual en la forma en que, en la actualidad y según hemos ido exponiendo a lo largo del presente estudio, ésta es entendida por la doctrina y la jurisprudencia. Efectivamente, trasladándonos ya a la actualidad, la actividad conocida eufemísticamente como «alterne» tiene una extensión social de imposible desconocimiento, ello hasta el punto de que el orden jurisdiccional social, en tanto que competente para la solución de litigios en el ámbito laboral y de seguridad social, ha llegado a reconocer el carácter laboral de la relación existente entre la persona que ejerce la prostitución y el empresario dentro de cuyo ámbito de organización y dirección la desarrolla. Veamos un ejemplo ilustrativo contenido en una resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

«El Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de julio de 1995 y 11 de diciembre de 2001, esta última inadmitiendo un recurso de casación de unificación de doctrina, distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica.

El contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores). Si se dan estas condiciones la actividad de alterne ha de considerarse laboral, tal y como ha resuelto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias: de 4 de febrero de 1988, 21 de octubre de 1987, 14 de mayo de 1985, 25 de febrero de 1984 y 3 de marzo de 1981.

Conviene reseñar que en todas ellas la organización empresarial consistía en que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público y a cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes. El requisito de “dependencia”, debatido en numerosas Sentencias de Tribunales Superiores, ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una “subordinación rigurosa y absoluta”, sino una

“inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial”, que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne; por tanto, como expresamente señalan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de abril de 1998 y 13 de noviembre de 2001, y Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2000 y 5 de octubre de 2001, en supuestos similares al de los presentes autos, el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad.»

STSJ Navarra, Sala de lo Social, 310/2003, de 15 de octubre.

El criterio contenido en la resolución objeto de transcripción parcial, así como las en ella citadas u otras como la *STSJ Cataluña 5506/2003, de 17 de septiembre*, no es sino consecuencia de la aplicación de las normas de manera acorde a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas y, sin duda, a su luz, la conducta incriminada en el último inciso del artículo 188.1 por la *Ley Orgánica 11/2003* se antoja más involutiva que acorde a tal realidad.

Hechas las consideraciones que anteceden, llega el momento de prestar atención a una cuestión que, por su importancia práctica, merece una respuesta. ¿La relación tildada de laboral en la resolución que acaba de ser objeto de transcripción, es hoy delictiva? El sentido común debe aconsejarnos responder de manera negativa, si bien tal sentido, en más ocasiones de las que sería deseable, puede chocar con la actividad legislativa. La respuesta al interrogante planteado pasará por analizar, además y junto a las resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a las que hace referencia la *STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2003*, la posición que el Alto Tribunal, ésta vez su Sala Segunda, mantiene al enfrentarse a los supuestos de alterne en que la persona que ejercía la prostitución, pese a hacerlo de manera voluntaria, era explotada laboral y económicamente.

«El recurrente es el único que ha permitido (dominio del hecho) la realización de las actividades de alterne en el establecimiento de su regencia, con conciencia de la ausencia de permiso de trabajo y sin contrato alguno que pudiera representarles el reconocimiento de derechos. El bien jurídico protegido, que es la indemnidad de la relación laboral, impidiendo situaciones de explotación y desprotección de trabajadores, ha sido lesionado directamente.»

STS 2.ª, 293/2004, de 8 de marzo de 2004.

La contundente y recientísima resolución que antecede no es sino expresión, décadas después, de aquellos mencionados argumentos que el propio Tribunal Supremo esgrimía a la hora de defender la punibilidad de las conductas del *artículo 452 bis c)* y, en concreto, cuando en las mismas aludía a la necesidad de proteger a *la persona prostituida de la explotación o del peligro de ésta*. Ahora bien, si la indemnidad laboral es el bien jurídico objeto de protección en el supuesto de imposición a personas que se prostituyen unas condiciones lindanas a la explotación, hecho éste preciso para subsumir la conducta en el *artículo 312* del Código Penal, ¿cómo advertir lesión de bien jurídico distinto por el mero hecho de ser reconducida tal conducta, por la *Ley Orgánica 11/2003*, a un título distinto? La respuesta, a la luz de las consideraciones que venimos haciendo en el presente estudio es, sin duda, que la libertad o indemnidad sexual de las personas que ejercen la prostitución, cuando éstas lo hagan de manera voluntaria y, por lo tanto, hayan prestado su consentimiento a que otra persona perciba parte de los beneficios que obtenga de tal actividad, no se verá lesionada ni puesta en peligro. Ello será así, no sólo cuando las condiciones de trabajo respeten los derechos sociales básicos de la persona que se prostituye, sino que tampoco podremos observar atisbo de lesión o puesta en peligro de la libertad sexual de la persona que se prostituya voluntariamente cuando las condiciones que le sean impuestas por el proxeneta sean abusivas. En tales supuestos, como se afirma con rotundidad en la *STS 293/2004, de 8 de marzo de 2004*, lo que aparecerá lesionado o puesto en peligro será la indemnidad de la relación laboral, no existiendo lesión o puesta en peligro alguna de la libertad sexual de la persona que, voluntariamente, ejerce la prostitución, sino, única y exclusivamente, de los derechos laborales de la misma cuya tutela aparece en el *artículo 311.1* del Código Penal ¹⁴¹, siempre salvando el escollo de que tal precepto exige que medie engaño o abuso de la situación de necesidad de la víctima.

De lo hasta el presente momento expuesto hemos de concluir que si el bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual es el que convienen doctrina y jurisprudencia mayoritarias, o bien la conducta descrita en el último inciso del *artículo 188.1* del Código Penal, en su modalidad consentida, ha de quedar sin aplicación por resultar contraria o,

¹⁴¹ *Artículo 311*. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

cuando menos, separarse absolutamente de los intereses y valores que deben subyacer a la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección, o bien es preciso que afirmemos que junto a la libertad e indemnidad sexual, con la reforma que comentamos, se ha incurrido en el error de convertir la moral social sexual, en tanto que concepción social sobre lo bueno y socialmente adecuado, en objeto formal de protección, superando, de tal modo, su función interpretativa de los elementos valorativos del tipo ¹⁴².

En nuestra opinión, el legislador ha pretendido tipificar la denominada en el artículo 600 del Código Penal Italiano *riduzione in schiavitù* ¹⁴³, olvidando que tales conductas, mediando consentimiento de la persona que se prostituye, ya eran subsumidas por el Tribunal Supremo en los artículos 311 y 312 del Código Penal y, por lo tanto, siempre refiriéndonos a los supuestos en que existe consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, ha creado un tipo específico por razón de la actividad en que la explotación laboral ¹⁴⁴ tiene lugar, mas ello sin que pueda ser desnaturalizado el bien jurídico tutelado que, como decimos y siguiendo lo hasta el momento expuesto, no es la libertad sexual, sino la indemnidad laboral o los derechos laborales del sujeto pasivo.

Si convenimos pues en que la relación entre aquel quien percibe ingresos económicos de la relación de alterne desarrollada por un tercero voluntariamente y tal tercero, es de naturaleza laboral ¿a qué obedece pues tal específica tipificación? Para evitar responder a tal interrogante afirmando que es un simple yerro del legislador, parece que la repulsa social a tales actividades ha condicionado su tipificación, debiendo, así mismo, limitar el ámbito de aplicación de las conductas susceptibles de ser reconducidas a la explotación de la prostitución voluntaria a aquellos supuestos en que las condiciones laborales impuestas a la persona que prostituye se aproximen al concepto jurídico penal de «explotación», esto es, lesivas de los más elementales derechos laborales tales como duración de jornada, retribución o descansos. Ahora bien, ello, como decimos, no supondrá que en tales conductas se lesione la libertad sexual del sujeto pasivo sino que, como deci-

¹⁴² Recuérdese lo expuesto al tratar en el presente trabajo del influjo de la moral social tanto desde la perspectiva doctrinal (apartado II.II.III), como desde la jurisprudencial (apartado II.III.I.II).

¹⁴³ Tal precepto sanciona con la pena de 5 a 15 años de prisión la conducta de quienes reducen a una persona a la esclavitud o en condiciones análogas a la esclavitud, precepto que, junto con los ilícitos relativos a la prostitución de menores y los relativos a la pornografía infantil, se tipifican como delitos contra la persona individual dentro del capítulo que incluye los delitos contra la libertad individual de la persona en la sección I del capítulo III del título XII del Código.

¹⁴⁴ Recuérdese que la actividad de alterne y, dentro de ella, la relación que se genera entre la persona que se prostituye y la que percibe parte de las ganancias, ha sido tildada de laboral.

mos, serán los derechos laborales de la misma los que se verán afectados, siendo tipificada tal lesión en el título VIII del libro II, en nuestra opinión y por los argumentos expuestos, merced a una mal entendida coherencia sistemática que no es causa sino de una incriminación especializada motivada por el influjo de la moral social.

III.II La Ley Orgánica 15/2003 y el tratamiento de la pornografía infantil

III.II.I REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD SEXUAL Y LA TRASCENDENCIA DEL CONSENTIMIENTO

Hemos visto, en el apartado que antecede, cómo el legislador, en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, no nos proporcionaba explicaciones bastantes que sirvieran de justificación a la reintroducción en el Código Penal de una conducta que, cuando menos, suponía un claro retroceso en la evolución que los ilícitos contra la libertad sexual habían experimentado hasta tal fecha con el fin de despojarse de cualesquiera connotaciones ajenas a la tutela de la libertad sexual como derecho individual. Pues bien, como ya dijimos al aludir sucintamente y con carácter general a la voluntad manifestada del legislador sobre el que había de ser bien jurídico objeto de protección en el derecho penal sexual, la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, lejos de expresar, precisamente, los motivos que llevan a la reforma, se limita a enunciar las modificaciones que introduce. Recordemos la parte de la exposición que alude a los ilícitos que centran nuestra atención.

En cuanto a los delitos, cabe destacar las siguientes modificaciones:

a) *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.*

b) *Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual.*

Cualquier persona medianamente familiarizada con el estudio y aplicación de los ilícitos contra la libertad e indemnidad sexual, tras la lectura de la letra a) transcrita, de un lado, y la nueva redacción que le es dada a las

modalidades cualificadas de agresiones y abusos sexuales, de otro, entiendo sin esfuerzo que el legislador está aludiendo a la equiparación que se efectúa de la novedosa «introducción de miembros corporales» con la preexistente «introducción de objetos», equiparación que, como es sabido, había sido reclamada intensa y prolongadamente tanto desde la doctrina patria como, por qué no decirlo, desde determinados grupos políticos. Ahora bien, cuando de comprender los motivos que han llevado al legislador a introducir determinadas modificaciones en los delitos relativos a la pornografía infantil se trata, el porqué de la concreta reforma se antoja, al menos en lo que respecta a la introducción en nuestro Código Penal de la que el propio legislador llama pornografía infantil virtual, ciertamente complejo. Veamos, en primer lugar, los cambios que se introducen en el *artículo 189* del Código, precepto que tipifica las conductas a las que nos referimos para, acto seguido, intentar examinar su necesidad y, sobre todo, trascendencia a la luz del bien jurídico objeto de protección en la forma en que los hemos definido en el presente estudio que, como no podía ser de otra manera, es la forma en que se define mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia. Comencemos con la transcripción del *artículo 189* en su redacción anterior y posterior a la reforma que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004.

Artículo 189 (redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre).

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:*

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

b) *El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

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

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

3. *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la persona-*

lidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

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

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

Artículo 189 (redacción vigente tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:*

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

b) *El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

2. *El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*

3. *Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.*

b) *Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

c) *Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

d) *Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*

e) *Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*

f) *Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*

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

5. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*

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

7. *Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.*

8. *En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

Tal como el legislador anuncia en la exposición de motivos, las conductas que, *ex novo*, son introducidas en el ámbito de los delitos relativos a la pornografía infantil por la *Ley Orgánica 15/2003*, son las que hemos destacado en negrita. Esto es, la tenencia de material pornográfico para cuya elaboración han sido empleados menores de edad o incapaces (ordinal segundo), y la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de pornografía que, por el momento, denominaremos «virtual». Pues bien, si en la primera de las conductas referidas se acierta a intuir una lesión de la libertad sexual de los menores o incapaces que han sido empleados para elaborar el material pornográfico poseído, ello no resulta posible, como defenderemos, en la segunda de las reformas operadas.

Es unánime el consenso doctrinal y jurisprudencial relativo a que los derechos e intereses que intentan ser tutelados mediante la punición de las conductas relativas a la genéricamente denominada pornografía infantil, esto es, el bien jurídico objeto de protección, es la libertad sexual de las víctimas, entendida ésta, como hemos desarrollado en su momento, como el adecuado desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo en su aspecto

sexual en tanto que menor de edad o incapaz. Veamos algunos ejemplos de lo que decimos.

«El bien jurídico protegido en el delito del artículo 189 núm. 1 letra a) viene referido a la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección por el ordenamiento jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tienen capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad. La apreciación que hace la sociedad acerca del adecuado ejercicio de la sexualidad, rechaza la realización de actos envilecedores o degradantes, y no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad, como son los fotografiados que nos ocupan, a actos respecto a los cuales no tienen capacidad para consentir. Con su conducta, el acusado atentó contra la libertad e indemnidad sexual de citados menores, aprovechándose de la edad de los mismos, del lugar en el que se encontraba y de que no existía persona adulta que pudiese observar y obstaculizar su acción de fotografiar las zonas anales, vaginales y genitales de tales menores que, por su edad, carecían de capacidad para consentir u oponerse a tal acción. El acusado incurrió pues en hechos punibles penalmente, no atípicos, desprendiéndose de su conducta la concurrencia tanto de los elementos objetivos como subjetivos que caracterizan el delito del artículo 189 núm. 1 letra a) del Código Penal.

Así, utilizó a los menores con fines pornográficos, pues como tal hay que entender fotografiar las zonas anales y genitales de menores de tres años. Fin pornográfico es todo aquel desprovisto de interés literario, artístico, científico o educativo, dirigido a provocar una reacción libidinosa de los usuarios de las fotografías. En el caso que nos ocupa, el acusado actuó con interés exclusivamente privado, al objeto de realizar tales fotografías, para recrearse luego con ellas en la esfera íntima, y obtener así un mayor placer sexual al masturbarse, teniendo a la vista tales fotos de las zonas anales y vaginales de los niños. El elemento subjetivo, es pues evidente y está reconocido por el propio acusado en sus declaraciones, al indicar el fin de las fotografías.»

SAP Valladolid, Sección Segunda, 866/2002, de 30 de noviembre de 2002.

«Así, se considera irrelevante el posible consentimiento de tales personas menores de edad, porque el legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al alcanzar la mayoría de edad y, con ella, normalmente la consiguiente madurez humana.

... en cualquier caso, posar desnuda, en brazos de un hombre mayor que la está tocando sus partes íntimas, no puede menos de considerarse una con-

ducta que puede afectar al normal desarrollo afectivo y de la sexualidad de la menor fotografiada; consiguientemente no cabe hablar de ningún tipo de infracción legal en relación con el tipo penal objeto de examen.»

STS, 2.ª, de 21 de marzo de 2000.

«En el caso de autos, se ha ocupado en poder del imputado grabación en video de la menor desnuda y protagonizando situaciones obscenas e impúdicas, como se deduce de las diligencias de visionado unidas a las actuaciones y de la propia declaración de la menor, por lo que es claro que, con mayor o menor consentimiento o predisposición de la menor, a la que, en todo caso, se la presupone falta de la necesaria madurez como para comprender el alcance de tal aquiescencia por su parte, y ello se puede calificar, sin ambages, de utilización de la menor en la elaboración de material pornográfico.»

AAP Valencia de 6 de febrero de 2002.

Como se recoge de manera específica en las resoluciones que anteceden, en tanto que limitadas al análisis de los ilícitos relativos a la pornografía infantil, en los ilícitos relativos a menores de edad o incapaces, en general, y en los relativos a la utilización de los mismos para los fines previstos en el *artículo 189*, en particular, el bien jurídico objeto de protección es el derecho a no sufrir espurias injerencias en el proceso de formación de su personalidad en el ámbito de su sexualidad, derecho éste inherente a la libertad sexual. Ello implica, como vimos en su momento y ahora recordamos, que la antijuridicidad material de las conductas que pretendan ser reconducidas a la hipótesis típica del citado precepto exigirán que un menor de edad o incapaz vea puesto en peligro o lesionado tal adecuado desarrollo. Pues bien, si ello es perceptible en los supuestos de los ordinales 1.º y 2.º del vigente *artículo 189*, en los que se parte de un menor que, conocido o no, habría sido empleado o sometido a determinadas conductas típicas con tal aptitud, ello resulta, en nuestra opinión, ciertamente complejo en muchos de los supuestos, por no decir todos, que caerían a en la hipótesis del ordinal séptimo del *artículo 189*, esto es, en la denominada pornografía virtual. Veamos el porqué de tal afirmación.

Tras la lectura atenta de las tres resoluciones que han sido objeto de parcial transcripción, podemos observar que, en todas ellas, la lesión de la libertad sexual de los menores víctimas de los hechos que, finalmente, se reconducen a la hipótesis típica del *artículo 189.1* del Código Penal ¹⁴⁵, se

¹⁴⁵ Según la redacción previa a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

produce a causa de una conducta determinada que al menor se le impone («su acción de fotografiar, las zonas anales, vaginales y genitales de tales menores»; «posar desnuda, en brazos de un hombre mayor que la está tocando sus partes íntimas»; «menor desnuda y protagonizando situaciones obscenas e impúdicas»). El hecho de asociar la lesión del bien jurídico del sujeto pasivo al hecho de que éste haya de ser involucrado personalmente en la conducta, no es sino consecuencia lógica de la necesaria idoneidad de la acción a la que es sometido el menor de edad o incapaz para alterar ese normal desarrollo de su personalidad. Ello puede ser predicado, sin demasiado esfuerzo, de la totalidad de las conductas que, referidas a la pornografía infantil, se encuentran tipificadas en los ordinales 1.º y 2.º del artículo 189 del Código, toda vez, aun cuando se incriminan conductas periféricas a la elaboración de material pornográfico tales como la tenencia preordenada a la distribución y la tenencia con fines de «autoconsumo», siempre resultará preciso que, previamente, un menor de edad o incapaz haya sido sometido, para elaborar el material poseído, a conductas aptas para socavar el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual.

La afirmación de que en las conductas tipificadas en los ordinales primero y segundo del artículo 189 se tutela la libertad sexual de los menores de edad o incapaces, no obstante lo dicho, no está exenta de críticas, toda vez las reiteradas alusiones que nuestros Tribunales efectúan, como se puede comprobar en las resoluciones que en último lugar han sido transcritas, cuando aluden a la falta de madurez de los menores de 18 años, parecen entrar en conflicto con que, para determinadas actividades de carácter sexual que evidencian una verdadera capacidad para decidir sobre la propia sexualidad, se sí les es reconocida madurez suficiente. En efecto, si acudimos al tenor del artículo 181.2 del Código, veremos cómo el legislador atribuye capacidad de decisión a los mayores de 13 años sobre una parcela de la libertad sexual que, deberemos en ello convenir, no es de escasa trascendencia, toda vez que supone la posibilidad de consentir relaciones sexuales completas con otros individuos. ¿Qué sentido tienen entonces las afirmaciones relativas a la falta de madurez de los menores? Esa es la incógnita que hemos de despejar.

Hemos visto que, en la STS de 21 de marzo de 2000, el Alto Tribunal justifica la incriminación de los delitos relativos a la pornografía infantil de igual modo que lo hacía con los relativos a la corrupción de menores o incapaces. Así, en alusión a los menores de 18 años, afirma que son *personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual*. Igualmente sorprende, tras la lectura del artículo 181.2, la alusión que la Audiencia Provincial de Valencia efectúa, también en referencia a los menores de 18

años, a la presunción de *falta de la necesaria madurez como para comprender el alcance de tal aquiescencia por su parte* cuanto trata de prestar consentimiento para ser fotografiados. Cuando decimos que tales afirmaciones, sin introducir matiz alguno, causan sorpresa, lo hacemos merced a que el análisis de la doctrina jurisprudencial elaborada con ocasión de la interpretación y aplicación de la falta de consentimiento *ex lege* contemplada en los abusos sexuales sobre menores de 13 años, a los que alude el artículo 181.2, permite constatar, *a contrario sensu*, que por encima de los 13 años se puede decidir sobre la propia sexualidad. Veamos un ejemplo.

«La edad de catorce años en una mujer permite conocer y comprender el alcance y consecuencias de una relación sexual plena, que puede desarrollar en el seno de unas relaciones amorosas e incluso dentro del matrimonio válidamente celebrado, en determinadas circunstancias.»

STS, 2.ª, de 15 de octubre de 2001.

La evidente contradicción que se evidencia tras la lectura comparada de la última resolución en la forma en que se disciplina por el legislador, y los propios Tribunales, la madurez sexual de los menores mayores de 13 años, nos obliga a reflexionar sobre el por qué un menor mayor de dicha edad no puede consentir ser fotografiado en actitud explícitamente sexual y, sin embargo, sí puede consentir, pos ejemplo, el acceso carnal con un mayor de edad siempre que, como hemos visto al aludir a la doctrina del Tribunal Supremo en los delitos relativos a la prostitución de menores, no medie precio. Resulta ciertamente complejo, en nuestra opinión, dar una respuesta desde la perspectiva de la protección de la libertad sexual del menor, al menos, de manera exclusiva. En efecto, podemos admitir, incluso desde el terreno del sentido común, que los mayores de 13 años no tengan absolutamente desarrollada su madurez sexual, mas la incidencia que en el normal desarrollo de su personalidad sexual puede tener el posar para unas fotografías no parece, al menos en abstracto, que sea mucho mayor que la que pueden tener relaciones sexuales completas a tal edad. Es más, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de los abusos sexuales, el legislador ni tan siquiera limita la tipicidad de las conductas relativas a la pornografía infantil a los supuestos en que, habiendo consentimiento, éste esté viciado, sino que, sea libre o no, presume la ineficacia del mismo, incluso, por debajo de los 13 años de edad.

Cuando nos referimos a la dificultad de dar explicación al porqué de la falta de trascendencia del consentimiento, libremente emitido, del menor mayor de 13 años en los ilícitos que ahora analizamos únicamente desde la perspectiva del bien jurídico, queremos hacer referencia al hecho cierto de

que el dato constatado de que la comunidad internacional asocie tales conductas a la explotación sexual infantil. En efecto, ya anticipamos, al aludir en el presente estudio al influjo supranacional en la legislación patria en la materia que tratamos, que la Unión Europea, en el marco de la regulación o, para ser más exactos, de la labor de armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros en materia de explotación sexual infantil, viene tomando como referencia la actividad criminal de los grupos organizados que encuentran en la sexualidad de los menores una fuente de ingresos, más que la efectiva ablación del desarrollo de la sexualidad de los menores. Así, poníamos como ejemplo textos tales como la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (DO número L138, de 9 de junio de 2000); la Acción Común de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO número L 063, de 4 de marzo de 1997, páginas 2 a 6) o el Preámbulo de las Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO número C 062 E, de 27 de febrero de 2001, páginas 327 a 330), textos todos ¹⁴⁶, claramente inspiradores de las reformas contenidas en la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, en los que se apoyaba la necesidad de armonizar la legislación penal de los Estados miembros de la Unión en materia de ilícitos relativos a la pornografía infantil en la necesidad de poner freno a una nueva actividad en expansión que ha llamado la atención de los grupos criminales organizados, actividad que se habría visto favorecida, sin duda, por la aparición de un medio de intercambio de información especialmente idóneo para tales actividades cuales son las redes informáticas de transmisión de datos.

Lo que antecede no supone, ni mucho menos, que se reconozca de manera abierta una tuición separada de intereses, en este caso del Estado, ajenos a la indemnidad sexual de los menores de edad o incapaces. Dicho de otro modo, tanto el legislador patrio como el comunitario, si bien fundan las reformas legislativas, efectuadas o sugeridas, en la necesaria represión de la criminalidad organizada, ello no obsta para que tal represión se vincule, siquiera contextualmente, con la necesidad de preservar la indemnidad e integridad sexual de los menores e incapaces. Vemos, así, que la necesidad

¹⁴⁶ Véase el apartado II.I.III de presente estudio para la consulta de su redacción literal en la transcripción parcial ahí efectuada.

de luchar contra las consecuencias criminales que parecen asociarse, explícitamente, a la pornografía infantil, nos ayudarán a resolver los problemas de comprensión que, desde la única perspectiva de la libertad sexual, plantea el diferente tratamiento que el legislador otorga a la eficacia del consentimiento del menor mayor de 13 años de edad.

III.II.II ESPECIAL REFERENCIA A LA PORNOGRAFÍA VIRTUAL. EL DELITO SIN VÍCTIMA

Si retomamos, siquiera fugazmente, las reflexiones que el legislador, en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 15/2003*, efectuaba en relación con las modificaciones sustantivas que introduce en materia de delitos relativos a la pornografía infantil, esto es, en el *artículo 189* del Código, recordaremos cómo, a la hora de aludir a las conductas que, *ex novo*, incriminaba, se refería a la *posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual*. Pues bien, una vez hemos expuesto, en el apartado que antecede, las nociones generales en relación al consuno, doctrinal y jurisprudencial, sobre el bien jurídico objeto de protección en los delitos relativos a la que venimos denominando pornografía infantil y, al tiempo, evidenciadas las disfunciones que provoca, en la identificación de tal bien jurídico, el que la madurez del menor mayor de 13 años de edad sea o no considerada suficiente en atención a parámetros no estrictamente asociados a la formación de su libertad sexual, llega ahora el momento de centrar nuestra atención en la por el legislador llamada «pornografía infantil virtual», conducta que aparece recogida en el ordinal 7.º del *artículo 189* del Código. Recordemos su redacción.

Artículo 189.

7. *Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.*

Un cierto sector doctrinal, del que podemos destacar a Tamarit Sumalla¹⁴⁷, afirmaba, aun cuando sin explicar las razones de sus conclusiones y a la vista de la legislación derogada por la *Ley Orgánica 15/2003*, que el

¹⁴⁷ La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, Aranzadi, 2000, pp. 67 a 69.

hecho de que quedase fuera del ámbito de aplicación del *artículo 189.1* la llamada pornografía ficticia, esto es, aquella que consiste en «menores no reales», en tanto que creados por medios informáticos, dibujados, etc., permitía sostener que el bien jurídico protegido en tales delitos aparecía vinculado, única y exclusivamente, a la libertad sexual de los concretos menores utilizados para la producción del material pornográfico, negando el autor citado la posibilidad de acudir a valores genéricos referentes a la dignidad de la infancia o la moral sexual para integrar el bien jurídico protegido. Tal tesis, que debe ser compartida si se conviene en el análisis que venimos realizando, tiene un fundamento harto lógico y que podemos expresar en la forma que sigue: Si las conductas que se incriminan son aquellas que suponen una injerencia ilícita en el ámbito de la sexualidad de un menor de edad o incapaz, en tanto que pueden afectar al adecuado desarrollo de su personalidad en tal ámbito, si ningún menor sufre tal ilícita injerencia con idoneidad perturbadora, no puede existir delito al no lesionarse o ponerse en peligro el bien jurídico protegido. Tal argumento, sólido como pocos desde la óptica de un bien jurídico protegido férreamente asociado a la libertad sexual, entendida en la forma que hemos expuesto a lo largo del presente trabajo, se resquebraja irreversiblemente, como ya anuncia el citado autor, cuando acudimos, para integrar el bien jurídico protegido, a valores genéricos referentes a la dignidad de la infancia o la moral sexual. La cuestión que en el presente apartado nos disponemos a abordar es, precisamente, si la tipificación de las conductas descritas en el ordinal séptimo del *artículo 189* del Código Penal suponen, obligada y definitivamente, la necesidad de reconsiderar el papel que doctrina y jurisprudencia otorgan a la moral social con respecto al bien jurídico objeto de protección y, en concreto, si aquella dejará de quedar limitada a la interpretación de los elementos valorativos del tipo para, finalmente, integrar, junto a la libertad sexual, el objeto formal de protección. Comencemos.

La reforma operada en el Código Penal por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, tiene, entre otros, el propósito, en cierta medida impuesto por exigencias procedentes del ámbito comunitario, de incriminar una serie de conductas periféricas a la pornografía infantil, mas, cuando de la conducta ahora analizada hablamos, tal periferia parece haber quedado excesivamente alejada del bien jurídico protegido, circunstancia ésta que bien pudiera ser consecuencia de la inexistente tradición jurídica de tales tipos delictivos por causa, precisamente, de ser inherente a tales conductas un cierto grado de desarrollo tecnológico. Ello nos obliga, a falta de estudios previos sobre el citado ilícito y, por supuesto, de doctrina jurisprudencial sobre el mismo elaborada, a acudir a otros ordenamientos en que la mal llamada «*pornografía virtual*» haya sido ya objeto de estudio y reflexión.

A tal fin, acudiremos a los criterios desarrollados en la práctica judicial de los Estados Unidos de Norteamérica en relación a tal manifestación concreta de la pornografía infantil y, en concreto, a una *Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de fecha 16 de abril de 2002*, resolución en la que, en nuestra opinión, se tratan muchas de las más importantes cuestiones que el artículo 189.7 del Código, sin duda, planteará. Nos centraremos pues, en primer lugar, en la exposición sucinta de la citada resolución para, acto seguido y a su luz, definir el contenido y límites de la conducta introducida por la *Ley Orgánica 15/2003*, y, finalmente, identificar el bien jurídico objeto de protección.

En la *Sentencia de la Corte Suprema de 16 de abril de 2002* (número 00-795 Jhon D. Ashcroft, Fiscal General y otros demandantes, contra la Coalición de Libertad de Expresión y otros demandados. Ponente Kennedy), el Tribunal Supremo norteamericano analiza, con enorme profundidad, algunos de los problemas planteados por la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil de 1996, norma que extendía ya la prohibición federal contra la pornografía infantil a las imágenes sexualmente explícitas en las que aparecían representaciones de menores pero que eran elaboradas sin emplear un «niño real». Así, entre otras conductas, la referida norma prohibía tanto la de poseer o distribuir imágenes de carácter pornográfico con independencia de que para su elaboración hubieran sido empleados «niños que no existían» (*virtual child pornography*), así como la del empleo de la imagen aséptica de niños que luego era manipulada para hacerlos aparecer en un contexto de contenido sexual (*computer morphing*). Pues bien, en la Sentencia analizada, el Tribunal Supremo concluyó la inconstitucionalidad de la Ley de Prevención de la Pornografía Infantil en lo que se refería a la prohibición de la *virtual child pornography*, y ello, desde el punto de vista de la libertad de expresión, rebatiendo, en tal aspecto, los argumentos que el Gobierno esgrimía, de manera clara, a favor de la incriminación de tales conductas, y ello, precisamente, por cuanto tal modalidad de pornografía, al ser consumida por mayores de edad y no emplear en su proceso de elaboración a menor alguno, no sobrepasaba el derecho a la libertad de expresión.

«El Gobierno considera que la pornografía infantil virtual alimenta los apetitos de los pedófilos y les anima a incurrir en conductas ilegales. Este razonamiento no puede ser sustentar la prohibición en cuestión. La mera tendencia de la expresión a fomentar actos ilícitos no es razón suficiente para prohibirla. El Gobierno no puede constitucionalmente legislar sobre hipótesis con el deseo de controlar los pensamientos privados de una persona. Los derechos de la Primera Enmienda están más en peligro cuando el Gobierno intenta controlar el pensamiento o justificar sus leyes con tal ilícito fin.»

Nos parece sumamente reveladora y útil la plasmación que en el fragmento transcrito se hace de los argumentos que el Gobierno de los Estados Unidos esgrimía en defensa de la prohibición de la pornografía virtual, ya que, tal vez, puedan darnos alguna pista sobre los valores o intereses que subyacen a su introducción en nuestro Código Penal. El Gobierno estadounidense aduce, sin mayores ambages, que la razón de la prohibición contenida en la Ley de 1996 estribaba, no en la protección de los menores, sino en la necesidad de evitar que tal material llegase a manos de los pedófilos ante el riesgo de que éstos se vieran estimulados a actuar, esta vez, sobre menores con existencia real. Tal protección, como en la propia resolución se dice, se basa en un vínculo indirecto, contingente y meramente hipotético.

«La pornografía infantil virtual no está intrínsecamente relacionada con el abuso de niños. Mientras el Gobierno asevera que las imágenes pueden conducir a casos reales de abusos a menores, los vínculos hipotéticos son contingentes e indirectos.»

Ahora bien, el asociar la incriminación de la pornografía virtual a su relación con la explotación sexual infantil es proceder que, como mínimo, nos resulta familiar. Así es, como decíamos al tratar del influjo de la Unión Europea en las reformas emprendidas por el legislador patrio y tal como recordamos en el apartado que antecede, las propuestas de Comisión de las Comunidades Europeas (recuérdese, por ejemplo, la citada de fecha 22 de diciembre de 2000), relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, anudaban en su preámbulo los conceptos abuso sexual y pornografía infantil como conductas objeto de tratamiento conjunto. No es nuestra intención afirmar que no exista relación alguna entre tales comportamientos. Es más, no serán pocas las ocasiones en que, en la práctica, la utilización de menores para elaborar material pornográfico concorra con otros ilícitos contra la libertad sexual de menor o incapaz (agresiones o abusos sexuales). Ahora bien, como acertadamente se recuerda en la resolución comentada y, en cierta medida, como ya insinuase Tamarit Sumalla en la obra antes citada, tal vinculación, por hipotética e indirecta, será insuficiente si para la elaboración del material pornográfico no ha sido empleado menor o incapaz alguno.

Centrando ahora nuestra atención en las conductas que se incriminan en el artículo 189.7 y empleando la terminología de la Corte Federal estadounidense, parece que la misma limita su ámbito de aplicación al *computer morphing* (pornografía creada mediante la manipulación de imágenes inocentes de niños con existencia real), quedando al margen de su tipo objetivo la *virtual child pornography* (entendida como la pornografía creada a partir

de imágenes virtuales o de mayores de edad con apariencia de niños), siendo ello la causa de que el nombre que le atribuye el legislador patrio, como veremos, no sea el más acertado.

La conducta del *artículo 189.7* coincide, con la del ordinal *1.º* de tal precepto, en la necesaria existencia de un material susceptible de ser tildado de pornográfico, siendo la diferencia esencial entre ambos, sin duda, la forma en que tal material ha sido elaborado o, para ser algo más precisos, la forma en que los menores de edad o incapaces han sido utilizados para su elaboración. Tras la lectura comparada de los ordinales *1.º*, *2.º* y *7.º*, observamos que en las conductas de los ordinales *1.º* y *2.º* tal utilización ha de ser directa, afirmación que, además de coherente con el bien jurídico protegido en tales conductas tal como lo hemos expuesto, es consecuencia de la interpretación *a contrario sensu* del tenor literal del ordinal *7.º* En efecto, el precepto ahora analizado tiene como premisa que los menores de edad o incapaces no hayan sido utilizados directamente para la elaboración del material pornográfico («*no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces*»). Tal premisa, de innegable importancia, nos lleva a plantear qué haya de ser entendido por «utilización directa», cobrando especial importancia para su definición el analizar la propia exigencia del legislador a la hora de precisar que la forma de utilización indirecta que tipifica en el *artículo 189.7* es la consistente en el empleo de «su voz o imagen alterada o modificada».

Podemos convenir, sin demasiado esfuerzo, en que «utilización directa» de un menor o incapaz para elaborar material pornográfico supone, como hemos desarrollado en el apartado que antecede, accionar directamente sobre él. Esto es, que se involucre personalmente al menor o incapaz en forma, como también vimos, idónea para alterar el adecuado desarrollo de su personalidad en el terreno sexual. Ejemplos claros de tales conductas son los analizados en las *resoluciones de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, 866/2002, de 30 de noviembre de 2002, Tribunal Supremo, 2.ª, de 21 de marzo de 2000* o *Audiencia Provincial de Valencia de 6 de febrero de 2002* que han sido objeto de transcripción parcial en el apartado anterior. Pues bien, si el *artículo 189.7* parte de que tal utilización directa no se haya producido y, como vemos, el accionar directamente sobre el menor de edad o incapaz es la base de la lesión del bien jurídico protegido, ¿en qué medida el empleo de la imagen o la voz de un menor o incapaz lesiona su libertad sexual? La respuesta, en nuestra opinión, es que no lo hace. Expondré el porqué.

Los motivos por los cuales, como hemos visto, tanto Tamarit Sumalla como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmaban la inadmisibilidad de la punición de la pornografía virtual, entendida como lo hace tal

Tribunal, desde la perspectiva de la lesión de la libertad sexual de los menores de edad era, precisamente, que para su elaboración no se actuaba sobre menor alguno, resultando así imposible que se pudiera constatar una afectación al adecuado desarrollo de su personalidad sexual. Ahora bien, las conductas que se incriminan en el *artículo 189.7* parecen estar a medio camino entre la que venimos llamando pornografía virtual, de un lado, y la denominada mutación informática, de otro. Así es, si bien exige el precepto citado que para la elaboración del material pornográfico no se haya utilizado directamente a menor o incapaz alguno, el mismo exige que la imagen o la voz de un menor sí sean empleados para la creación de tal material. Tal exigencia, sin embargo, no parece bastante para anudar la punición de los comportamientos incriminados a la tutela de la libertad sexual de los menores de edad o incapaces cuya imagen o voz es empleada, y ello no es sino consecuencia de la absoluta inidoneidad de tal utilización para afectar al desarrollo de la personalidad de los menores o incapaces. Veamos algún ejemplo que, de manera evidente, muestra los que decimos: Un sujeto, valiéndose de un anuncio publicitario de pañales en que aparecen varios niños de corta edad desnudos y gateando, manipula esa imagen y sitúa otra junto a ella de un mayor de edad que, por la forma en que se sitúa, parece estar sodomizándolo. Las imágenes resultantes, sin duda, caerían en el ámbito del tipo del *artículo 189.7* del Código Penal mas, ¿tendría ello incidencia, siquiera indirecta, en el desarrollo de la personalidad del menor? La respuesta afirmativa no es posible. Aunque el ejemplo propuesto pueda ser tildado de extremo, no se acierta a concebir, por quien escribe estas líneas, supuesto alguno que cayendo en el tipo del *artículo 189.7*, sin hacerlo en el del *artículo 189.1*, permita afirmar que la libertad sexual del menor o incapaz, en la forma en que unánimemente es entendida por la doctrina y la jurisprudencia, se ha visto lesionada o puesta en peligro.

Si retomamos en este momento las consideraciones que han sido realizadas sobre la relevancia del bien jurídico, sus funciones y su lugar en la teoría jurídica del delito ¹⁴⁸, hemos de recordar que, siguiendo la doctrina dominante ¹⁴⁹, la constatación de la antijuridicidad de una conducta y, en concreto, el juicio sobre su desvalor material, dependían de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la norma, ello hasta el punto de que si tal juicio de desvalor evidenciaba la ausencia del riesgo o lesión desaprobados para aquel, la conclusión no podía ser otra que la falta de antijuridicidad misma de la conducta, siendo tal posición igualmente

¹⁴⁸ Véase el apartado I.I del presente trabajo.

¹⁴⁹ MIR PUIG, en *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª Edición, Barcelona, 1996, p. 137, y LUZÓN PEÑA en *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, 1996, p. 329.

mantenida por nuestro Tribunal Supremo ¹⁵⁰. Pues bien, si convenimos en que el bien jurídico que ha de ser tutelado en el *artículo 189.7* es la libertad sexual de los menores o incapaces cuya imagen o voz es empleada, deberemos afirmar, en coherencia con lo expuesto, que tal precepto será inaplicable por no afectar las conductas que define a tal bien jurídico.

No obstante lo dicho, sí podría ser entendido el precepto que estudiamos desde la óptica de la mutación del bien jurídico objeto de protección. En efecto, veámos, al comenzar el presente apartado, que autores como Tamarit Sumalla negaban la posibilidad de acudir a valores genéricos referentes a la dignidad de la infancia o la moral sexual para integrar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la pornografía infantil cuando, con carácter previo a la publicación de la reforma operada por *Ley Orgánica 15/2003*, expresaba el porqué de la exclusión de la pornografía virtual del tipo del *artículo 189.7*. Pues bien, en nuestra opinión, tales valores son los que subyacen a la reforma que ahora tratamos, ya que sólo desde la necesidad de proteger el derecho a la propia imagen, que comprendería la voz como elemento asociado, y desde el rechazo social a la pornografía infantil, como expresión de la moral sexual, puede ser entendido el *artículo 189.7*.

V. CONCLUSIONES

La historia legislativa reciente del que hemos llamado Derecho Penal sexual ha estado, ciertamente, plagada de reformas que, como hemos visto y lejos de ser inocuas, han tenido un intenso calado por, en suma, el trasfondo social que siempre ha sido inherente a las conductas de cuya incriminación o atipicidad se trataba. Ahora bien, si existe un *continuum*, un signo identificativo en que comulguen las reformas operadas en los últimos veinte años, es la voluntad manifestada de despojar la libertad sexual de los resabios moralizantes para, finalmente, identificarla con un derecho individual y personalísimo cuyo ejercicio, en sentido negativo y comprensivo del derecho a no sufrir espurias injerencias en el proceso de formación de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, de ser el único interés tutelado por las normas que tengan por objeto la protección de tal aspecto especialmente protegido de la libertad.

¹⁵⁰ Recuérdense los ejemplos propuestos en materia de delitos contra la salud pública (SSTS de 21 de octubre de 2002 y 16 de octubre de 1991), y en delitos contra la fe pública (STS de 29 de junio de 2002).

El legislador, en las exposiciones de motivos de la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre* y la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, expuso cómo la edificación de los ilícitos del título VIII del libro II del Código al que aquella daba lugar, debía realizarse sobre la base de un bien jurídico identificado con una concepción de la libertad sexual asociada a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, concepción ésta que, como hemos tenido ocasión de constatar, ha sido asumida por la doctrina penal patria y por nuestra jurisprudencia, especialmente, tras la comentada Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1991, resolución en la que el alto Tribunal matizaba, negándola, la trascendencia práctica de la referencia que a la honestidad efectuaba el propio Código Penal, hasta que la *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, la substituyó formalmente por la libertad sexual en el *nomen iuris* de las conductas que eran incriminadas.

Hemos visto, también, cómo la doctrina dominante ha sido unánime al aplaudir, de manera entusiasta en las más de las ocasiones, todas aquellas reformas que, en el sentido que venía anunciando el legislador y que hemos ahora recordado de forma apresurada, tendían a despojar la libertad sexual de las connotaciones moralizantes mediante las supresiones y derogaciones que tuvieron lugar, fundamentalmente, con ocasión de la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Además, y como una consecuencia coherente con ese consuno en la conveniencia de la dirección que estaba tomando el impulso legislativo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, también la práctica totalidad de la doctrina dio la voz de alarma cuando, tras la reforma operada por la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, se recuperó el delito de corrupción de menores e incapaces, advirtiéndose que, merced a los elementos valorativos que el propio tipo incorporaba, quedaba de nuevo la puerta abierta para que determinadas concepciones sociales, ajenas a la libertad sexual como derecho individual, tuviesen su entrada en el derecho penal sexual, provocando, en tal sentido, una involución ciertamente indeseada. Tal vez por ello, como hemos tenido ocasión de exponer de manera detallada, ha sido con frecuencia tratado el influjo de la llamada moral social sexual en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. En tal sentido, hemos constatado cómo tanto desde la doctrina mayoritaria como desde la jurisprudencia, se afirmaba, de un lado, la necesidad de acudir a ella al objeto de definir o interpretar los elementos valorativos de las conductas incriminadas, mas, de otro, se advertía la imposibilidad de que pasase a conformar el objeto de protección en tales conductas.

Del análisis doctrinal, legal y jurisprudencial que hemos realizado, hemos podido mostrar que existe un acuerdo, siquiera de mínimos, referido a los valores e intereses que se elevan a la categoría de bien jurídico prote-

gido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Es más, el acuerdo aludido se muestra más extenso cuando se trata, no de definir qué valores aparecen o son tutelados, sino de cuáles no lo son ni deben serlo. Pues bien, tras el análisis de algunas de las conductas que son introducidas en el Código Penal tanto por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, como por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, hemos visto la extraordinaria dificultad que reviste hallar un aspecto de la libertad sexual que se vea lesionado o puesto en peligro, siquiera en forma tangencial, ya que sólo las ansias del intérprete por su percepción podrán llevarle a afirmar, por ejemplo, que la explotación ¹⁵¹ de la prostitución ajena, existiendo consentimiento libremente prestado por mayor de edad, ha dejado de ser un delito contra los derechos de los trabajadores por el mero hecho de incluirse en el Título VIII del Código Penal o que la manipulación de la imagen de un menor de edad, aséptica en su obtención, pueda ser identificada con la lesión o puesta en peligro del derecho del mismo a no sufrir espurias injerencias en el proceso de formación de su personalidad en el ámbito de su sexualidad.

Ha sido nuestro objetivo mostrar la ineficacia absoluta de la libertad sexual, en la forma que es concebida por doctrina y jurisprudencia, para explicar la incriminación de conductas tales como el por la *Ley Orgánica 11/2003* resurrecto rufianismo, o la denominada pornografía virtual creada por la *Ley Orgánica 15/2003*. Tales conductas van a exigir, en un futuro próximo, un esfuerzo de doctrina y jurisprudencia en aras a perfilar su contenido y límites. Nosotros nos hemos decantado, en el caso del rufianismo con consentimiento, por afirmar su tipicidad sólo cuando las condiciones impuestas sean abusivas y, en cualquier caso, entendiendo que el derecho afectado será el conjunto de derechos laborales a la relación de alterne y, nunca, la libertad sexual de la persona que ejerce la prostitución, derecho éste que, como también hemos mantenido, no se vería puesto en peligro por las conductas que pretende incriminar el artículo 189.7 del Código, observándose tras ellas, junto a la reprobación social de la pornografía infantil como expresión, única y exclusivamente, un esfuerzo por tutelar el derecho a la propia imagen de los menores de edad o incapaces, derecho que es siempre objeto de especial protección pero que, en caso alguno, se asocia directa o indirectamente al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual.

¹⁵¹ Hablamos, como dijimos en su momento, de explotación en el sentido de imposición de condiciones lesivas de los derechos inherentes a una relación que, como también vimos, ha sido tildada de laboral.

Las reformas comentadas nos sitúan ante la necesidad de asumir una posición de entre dos posibles. La primera de ellas, altamente desaconsejable, supone redefinir el contenido y límites de la libertad sexual como bien jurídico objeto de protección para, de tal modo, dar cabida a las conductas que escaparían a la concepción vigente al respecto. La segunda opción, que nosotros mantenemos, es que se han introducido en el Título VIII del Libro II del Código Penal dos conductas que no lesionan o ponen en peligro la libertad e indemnidad sexual y que, simplemente, son una muestra de la nula utilidad del criterio sistemático como instrumento interpretativo de las normas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ: *El delito de corrupción de menores*, Tirant lo Blanch, 2003.
- BEGUÉ LEZAUN: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, 1999.
- *Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica*, Estudios sobre Violencia familiar y agresiones sexuales. I-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia .
- BUSTOS Y HORMAZÁBAL: *Lecciones de derecho penal I*, Trotta, 1997.
- *Lecciones de derecho penal II*, Trotta, 1999.
- CARMONA SALGADO: *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Obra dirigida por Cobo del Rosal y Marcial Pons, 2000.
- CEREZO MIR: *Curso de derecho penal español I, II y II*, Tecnos, 5.ª edición, 2000 (I), 6.ª edición, 2001 (II) y 1.ª edición, 2002 (III).
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho Penal Parte general*, Tirant lo Blanch, 1996.
- CONDE PUMPIDO: *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura*, Colex, 1996.
- CONDE PUMPIDO FERREIRO: *Código Penal comentado. Tomo I*, Bosch, 2004.
- DIEZ RIPOLLÉS y otros: *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial. Edj. núm. 21, 1999.
- GARRIDO GUZMÁN: *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Edersa, 1992.
- GRANADOS PÉREZ: *Acuerdos del pleno de la sala penal del tribunal supremo para unificación de la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2000.
- HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, 1984.
- JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.ª edición, Comares, 1993. Traducción de Manzanares Samaniego.
- LUZÓN CUESTA: *Compendio de derecho penal*, Dykinson, 2003.
- LUZÓN PEÑA: *Curso de derecho penal*, Universitas S. A., 1996.

- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA: *Delitos contra la libertad sexual en el código penal de 1995. Planteamiento general*. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal VII, Madrid, 1997.
- MEZGER: *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico penal*, Traducción de Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, 2000.
- MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 6.^a edición, Reppertor, 2002.
- MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte general*, 5.^a edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- ORTS BERENGUER: *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995.
- *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Obra coordinada por Vives Antón, Tirant lo Blanch, 1996.
- QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 2.^a edición, Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1978.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Moralidad, derechos, valores*, Civitas, 2003.
- RODRÍGUEZ DEVEESA y SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 16.^a edición, Dykinson, Madrid, 1993.
- RUIZ VADILLO: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Colex, 1997.
- TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación*, Aranzadi, 2000.
- VALCÁRCEL LÓPEZ: *Los delitos relativos a la prostitución*, ponencia publicada en el marco de los *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*, Madrid, 1999.
- VELÁZQUEZ BARÓN: *Los abusos sexuales*, Bosch, 2000.
- *El acoso sexual*, Bosch, 2000.
- VV. AA.: *Homenaje a José Cerezo Mir. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, 2003.

VIOLENCIA DOMÉSTICA. UNA INTRODUCCIÓN DESDE LA CRIMINOLOGÍA

GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

ÍNDICE:

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.—
2. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.—
3. RASGOS PSICOLÓGICOS DEL MALTRATADOR: 3.1 *Rasgos típicos*. 3.2 *Tipos de maltratadores*. 3.3 *Malos tratos y trastornos mentales*.—
4. RASGOS PSICOLÓGICOS DE LA MUJER MALTRATADA: 4.1 *Rasgos típicos*. 4.2 *Secuelas típicas*. 4.3 *Cuadros sindrómicos*.—
5. LA INTERACCIÓN AGRESOR-VÍCTIMA: 5.1 *La codependencia*. 5.2 *Razones por las que los hombres recurren a la violencia*. 5.3 *Motivos por los que las mujeres continúan con los agresores*. 5.4 *Momentos especialmente peligrosos*. 5.5 *Fases de la violencia doméstica*. 5.6 *Modelos psicológicos explicativos*. 5.7 *Indicadores de maltrato*.—
6. ASPECTOS POLÍTICOS DEL MALTRATO.—
7. ASPECTOS SOCIO-LÓGICOS DEL MALTRATO: 7.1 *Factores sociológicos predispositivos*. 7.2 *Causas de la ocultación y justificación del fenómeno*. 7.3 *Modelos sociológicos sobre violencia doméstica*.—
8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.—
9. CONCLUSIONES.

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA ¹

Por maltrato entendemos toda conducta abusiva del hombre hacia la mujer y viceversa dentro de una relación de pareja, dentro del matrimonio o fuera de él, y como a menudo ocurre, dentro también del contexto de la separación y del divorcio ².

La violencia puede ser (Grupo de Especialistas del Consejo de Europa): física (empujones, empujones, tirones de pelo, bofetadas, golpes, patadas, quemaduras, estrangulamientos, mordeduras, etc.), sexual (cualquier actividad sexual no consentida: chistes y bromas sexuales, exhibicionismo, tocamientos no deseados, relación sexual obligada, etc.), psicológica (chistes, bromas, comentarios, amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación, e insultos en público), económica (desigualdad para disponer de recursos compartidos), espiritual (erosionar o destruir las creencias culturales o religiosas de una mujer a través del ridículo o del castigo) ³. Algunos autores

¹ El feminismo prefiere hablar de «violencia de género» o de «violencia contra las mujeres» para destacar el contexto patriarcal en que tiene lugar, y por considerar que la idea de «violencia doméstica» evoca que la familia es la causante de la violencia y sirve por tanto para exculpar al agresor. LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas* (Anatomía del maltratador), Editorial Crítica (Ares y Mares), 2005, p. 250. De todos modos, el concepto de violencia contra las mujeres es mucho más amplio, OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género* (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla), El Roure Editorial, 2004, pp. 13 a 16.

² Tomado de VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca: «El perfil psicológico de la mujer maltratada», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I, p. 92.

³ SÁNCHEZ AYALA, Manuel: «Violencia dentro de la familia. Consideraciones generales. Regulación legal: Tipos», *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I, p. 70.

incluyen en el maltrato físico las conductas pasivas, como la privación de cuidados médicos durante una enfermedad o lesión –incluidas las causadas por los malos tratos– o el no aviso intencionado de situaciones de evidente riesgo (v.gr. no informar del fallo en los frenos del coche)⁴. Por otra parte, el maltrato social (aislar a la víctima de su entorno social a través del control de sus relaciones familiares y de amistad) y el maltrato financiero (control absoluto de los recursos económicos de la víctima) son modalidades de la violencia psicológica, así como la destrucción o daño de propiedades valoradas por la víctima (objetos o animales)⁵, o controlar todos sus movimientos, pidiendo constantes explicaciones acerca de dónde va o no consultarle al tomar decisiones importantes que les afecten a los dos.

La violencia de carácter psicológico es, quizás, la más sutil y cruel de las violencias. En la mayoría de los casos de maltrato existe una violencia psíquica que puede ejercerse, y de hecho se ejerce de forma previa y que tiene una importancia capital en la génesis y desencadenamiento de situaciones límites (Luna Maldonado y Osuna)⁶. En los malos tratos psicológicos el agresor busca la intimidación, la humillación, la inseguridad personal, la desintegración, la desestructuración, el poder, dominio y control del otro⁷. Se suelen dar juntos los tres tipos de maltrato (físico, psíquico y sexual). Aun en ausencia de golpes o lesiones físicas observables los reproches continuos y las amenazas destruyen frecuentemente el equilibrio psicológico de las víctimas. Además, la presencia de maltrato psicológico en un primer momento es predictivo de la agresión física⁸. El abuso psíquico

⁴ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, p. 25.

⁵ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, pp. 25 y 26.

⁶ VALCARCE LÓPEZ, Marta: «Violencia psíquica, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I, pp. 36 y 37.

⁷ CARRASCO GÓMEZ, Juan José: «Psicopatología del maltratador doméstico», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, pp. 111 y 112.

⁸ En este sentido ECHEBURÚA, Enrique; ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén, y DE CORRAL, Paz: «Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar», en *Personalidades violentas* (director Enrique Echeburúa) Pirámide, 2003, p. 116. Además creen estos autores que en casi la mitad de los casos la violencia del maltratador físico se aplica también a los hijos (pp. 125 y 145), quienes sufren el mismo tipo de actos violentos que la madre. LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompe-cabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares), 2005, distingue entre violencia psíquica y agresión psicológica. La primera también se produce en las agresiones físicas y es el resultado de las agresiones repetidas y de la situación establecida dentro de la relación, mientras que la segunda es el modo de conseguir ese resultado sin acudir a los golpes. Aparece de forma gradual mezclándose con los conflictos habituales de la pareja, de modo tan natural que se considera como algo consustancial a la pareja, y no es reconocida por la mujer como violencia, pp. 78 y 79.

suele aparecer como insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecios, intolerancia, castigo, humillación en público, subestimación, amenaza de abandono y muestras de desafecto⁹. Las agresiones sexuales contra la pareja se producen en dos marcos claramente diferenciados: *a)* de forma reiterada dentro de una situación general de maltrato; *b)* de manera puntual como forma de resolver conflictos de autoestima, generalmente asociados a una separación o nueva relación sentimental de la mujer. En el primer caso agravan el proceso de destrucción de la autoestima hasta la completa despersonalización o cosificación¹⁰. En definitiva, el maltrato doméstico

⁹ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca: «El perfil psicológico de la mujer maltratada», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, p. 104. Lucrecia PÉRSICO distingue los siguientes supuestos de violencia psicológica: *a)* agresiones verbales; *b)* avergonzar o hacer quedar en ridículo ante terceros; *c)* agresiones no verbales (gestos de desprecio o rechazo); *d)* rechazar la compañía de la pareja cuando se está ante otras personas; *e)* sobreprotección, a fin de mantener encerrada a la otra persona y acostumbrarla a no tomar decisiones; *f)* críticas manipulativas (no es que cometa errores sino que hay algo errado en ella); *g)* amenazas de ruptura; *h)* el silencio como agresión; *i)* dar celos; *j)* el acoso moral: sutiles, constantes y paulatinas agresiones psicológicas; *k)* control económico manipulativo: hacerle creer no apto para administrar o engañarle sobre el estado de las finanzas; *l)* utilizar el pasado de la víctima para herirla; *m)* poner a la familia o a los niños en su contra; *n)* no dejar hablar; *ñ)* hacerle romper pactos para luego culparla; *o)* en caso de infidelidad, seguir mintiendo si se es descubierto, o la infidelidad reiterada; en *Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003, pp. 82 a 85 y 112, 113. Además cree que las personas que ejercen este tipo de maltrato no quieren que las cosas se arreglen aunque protesten mucho, pues se encuentran muy bien al mandar sobre alguien, y si deja de surtir efecto la manipulación emocional es muy probable que se inicie el maltrato físico (pp. 81 y 104). El maltrato psicológico genera confusión, de forma que la persona agredida no suele llegar a comprender que el origen del problema está en el agresor, echándose ella la culpa (p. 122). El acoso moral también se denomina violencia perversa o agresión sutil. Sume a la víctima en tal grado de confusión que no puede discernir si está siendo realmente atacada por el agresor o si la sensación de acoso es producto de su propio desequilibrio mental. Además el agresor suele buscar en este caso la presencia de terceros que obtienen una imagen equivocada y confusa de lo que sucede, pudiendo incluso pensar que la víctima inicia la violencia (p. 176). Lo perverso es que la agresión está disfrazada, camuflada de buena intención y de afecto (179). Sobre el acoso moral, es fundamental la obra de la psiquiatra francesa Marie-France HIRIGOYEN: *El acoso moral* (El maltrato psicológico en la vida cotidiana), Paidós, 2003. En él las agresiones son sutiles, no dejan un rastro tangible y los testigos tienden a interpretarlas como simples aspectos de una relación conflictiva o apasionada de dos personas de carácter (p. 19). Tiene dos fases; una primera de seducción perversa, que puede durar años, en la que se falsea la realidad, y que pertenece al orden de los signos y los rituales, y cuyo fin es eliminar el sentido crítico de la víctima para establecer una relación abusiva sin que se dé cuenta de ello. En general, los terceros no perciben el dominio (pp. 79 a 82). El perverso trata de apropiarse de la sustancia de la otra persona (p. 100). El error de la víctima radica en no desconfiar de los mensajes violentos no verbales (p. 124). En la aparición de la segunda fase es importante la presencia imprevista de terceros sobre los que ninguno de los protagonistas ha tenido tiempo de ejercer su influencia. Entonces el misterio se desvela con ayuda de la intervención ajena y la violencia se vuelve muy explícita (pp. 130 y 134). Algunos casos de violencia son debatidos, como el espiar a la pareja sin que ésta lo perciba, ver OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género* (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla), El Roure Editorial, 2004, p. 28.

¹⁰ DE MARIANAS RIBARY, Helena: «Trastornos sexuales en víctimas de maltrato familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de

no es sino un intento de control de la relación en forma de abuso de poder, de modo que la relación se establezca de forma no igualitaria. No se debe confundir sin embargo la violencia psíquica con una mala relación de pareja, que se caracteriza por la desaparición del afecto, las broncas más o menos esporádicas y el deseo de poner fin a la relación de pareja. La violencia psíquica es mucho más intensa y permanente¹¹. La violencia es el comportamiento de alguien incapaz de imaginar otra solución a un problema que le atormenta (Bruno Betelheim)¹². Es, para Rojas Marcos, una de las tres fuentes principales de poder humano, junto al conocimiento y el dinero, si bien es la forma de poder más inferior o primitiva, pues sólo se puede utilizar para hacer daño, frente a las otras dos que son más versátiles¹³.

2. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

El hogar es de hecho el lugar más peligroso en la sociedad moderna. Los seres humanos tenemos mayor probabilidad de ser asaltados, maltratados o torturados, física y mentalmente, en nuestro propio hogar y a manos de alguien supuestamente querido, que en ningún otro lugar. La violencia doméstica es la causa más común de lesiones en la mujer. Se ha dicho a veces que la mujer es casi tan violenta en el hogar como el hombre hacia sus hijos y esposos. Algunos estudios indican que las mujeres golpean a sus maridos casi tan a menudo como al revés (Straus, Gelles, 1986). Sin embargo la violencia de las mujeres es más restringida y episódica que la de los

Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, pp. 88 y 89. Los daños físicos y emocionales que sufren las mujeres son mucho más graves cuando el agresor es un miembro del hogar familiar que si se trata de un extraño: ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, loc. cit., p. 38. Esto ha sido tenido en cuenta por las últimas reformas penales.

¹¹ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, ENRIQUE y AMOR, Pedro Javier: «Tratamiento psicológico de los maltratadores domésticos: una alternativa a las medidas judiciales», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo II, pp. 307 y 308. Como dice JAVIER MEDINA, se trata de algo más serio que un insulto. Incluye la humillación intensa y continuada, las amenazas de violencia, el control y vigilancia constantes de las acciones del otro, los cambios de humor sin lógica, la desaprobación continua, etc. en «Perfil psicossocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar», en *Personalidades violentas*, director Enrique ECHEBURÚA, Pirámide, 2003, p. 153. Según Lucrecia PÉRSICO las agresiones psicológicas han de ser insidiosas, constantes y repetidas a lo largo de cierto tiempo (*Soy una mujer maltratada*, loc. cit., pp. 76 y 82).

¹² Citado por BUEREN RONCERO, José Luis: «Violencia habitual en el ámbito familiar: apuntes para una reforma de los tipos penales y de las medidas cautelares», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, p. 4.

¹³ ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, ESPASA, 2004, p. 19.

hombres, y es mucho menos probable que cause daño físico duradero¹⁴. Es difícil estimar la verdadera incidencia del maltrato doméstico en nuestra sociedad. Por un lado existe un bajo número de denuncias y muchas de las víctimas no acuden a centros médicos ni psicológicos, y en ocasiones sólo se denuncia cuando se ha tomado la decisión de separarse y para emplear la denuncia penal como prueba en el ámbito civil¹⁵. Más del 50 por 100 de las mujeres experimentan algún tipo de violencia de sus esposos durante el matrimonio. Sólo del 10 a 25 por 100 de las mujeres agredidas presentan denuncia contra sus agresores. En España, según un informe reciente del Ministerio de Asuntos Sociales, hay unas 650.000 mujeres víctimas del maltrato habitual (el 4 por 100 de la población femenina), pero son más de 2.000.000 (el 14 por 100) las que confiesan haber sido víctimas del maltrato en algún momento de su vida¹⁶. La violencia doméstica tiene consecuencias inmediatas y traumáticas para las víctimas, pero también a largo plazo va a condicionar el desarrollo de mujeres y niños y puede ser la causa de perpetración de nuevas violencias en el seno de la familia y de la sociedad en general. En este problema ha habido un sustancial cambio en nuestro mundo occidental, frente a la falta de percepción del problema en el mundo islámico, en el África negra o en Asia. La mejor comprensión del problema ha llevado a los medios de comunicación lo que hasta hace muy poco era considerada una materia de estricta significación familiar y priva-

¹⁴ GIDDENS, Anthony: *Sociology*, second edition; Polity Press, 1993, Reino Unido, pp. 416 a 418. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 113, citando a ROJAS MARCOS, L. 1995. OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, p. 37 donde estiman que la violencia de la mujer es entre cuatro y cinco veces menor que la de los hombres, y que, en general, es menos grave. En el mismo sentido, ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, *loc. cit.* p. 39 donde los casos de violencia por parte de la mujer se valoran en un 20 por 100 y se afirma que suelen producirse en respuesta a malos tratos repetidos o en casos extremos de defensa propia.

¹⁵ VALCARCE LÓPEZ, Marta, *loc. cit.*, p. 37.

¹⁶ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y AMOR, Pedro Javier, *loc. cit.*, p. 307 y SÁNCHEZ AYALA, Manuel, *loc. cit.*, pp. 71 y 72. Según OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, la violencia se ejerce sobre una de cada tres o cuatro mujeres, aunque sólo lo denuncian entre una de cada siete y una de cada diez. En Europa serían entre un 20 por 100 y un 50 por 100. Por otra parte el 70 por 100 de las mujeres asesinadas en el mundo lo son por sus parejas o exparejas y la violencia en las familias es la principal causa de muerte y discapacidad entre las mujeres de 16 a 44 años, pp. 18 y 19. Además parece que al menos la mitad de los maltratadores tienen título universitario, p. 20. En España más de un 11 por 100 de las mujeres menores de 39 años sufre malos tratos. Esto es preocupante pues indica que las jóvenes generaciones siguen recurriendo a la violencia, y no es en el mundo rural donde más veces tienen lugar (p. 50). En las encuestas es considerado el quinto problema de España (p. 52). Según la última macroencuesta del Instituto de la Mujer estarían afectadas el 15 por 100 de las mujeres, LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares), 2005, p. 230. Además este autor, frente a otros estudios, cree que cada vez hay más violencia y no sólo más denuncias (p. 208).

da, en la que no deberían entrometerse terceros¹⁷. No fue un tema prioritario hasta finales del decenio de 1980¹⁸. Terminar con los mitos sobre este problema es importante ya que funcionan como excusas sociales para el agresor y como un obstáculo para muchas mujeres que se culpabilizan y avergüenzan, pensando que nadie las va a creer¹⁹.

3. RASGOS PSICOLÓGICOS DEL MALTRATADOR

Los maltratadores no forman un grupo específico. Se describen rasgos más o menos comunes pero sin llegar a definir categorías diagnósticas. Se da consenso en considerar que el hombre violento puede encontrarse en sectores sociales educativos muy diversos, y en que presenta el mismo porcentaje de patologías que la población en general. No puede afirmarse que deba padecer alguna enfermedad que le predisponga al maltrato, ni es cierto que actúe por su dependencia al consumo de estupefacientes o bebidas alcohólicas o por su dependencia del juego. Se han constatado actitudes violentas en seres perfectamente normales que responden a un patrón de conducta adecuado a la normalidad social, con niveles educativos y sociales aceptables y sin que concurriera enfermedad o dependencia alguna²⁰.

¹⁷ GUILLÉN SORIA, José Miguel: Introducción. «Violencia doméstica ejercida sobre la mujer. Elementos socioculturales y económicos que determinan su existencia», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, pp. 99 y 100; BUEREN RONCERO, José Luis, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁸ OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, p. 17.

¹⁹ TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción: «La violencia hacia las mujeres. La perspectiva de la víctima», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo II, p. 134. Estos mitos o falsas creencias son los siguientes: 1) Los casos de violencia doméstica son escasos; 2) Los hombres maltratados por las mujeres constituyen un problema tan grave como el supuesto inverso; 3) Es un problema de las clases sociales bajas; 4) Las personas educadas y cultas no son violentas; 5) Es producto de algún tipo de enfermedad mental; 6) Es producto de las drogas y el alcohol; 7) Las víctimas se lo buscan provocando; 8) A las víctimas les gusta; 9) Si la mujer dejara al maltratador estaría a salvo; 10) La mayoría no sufre heridas de gravedad; 11) El maltrato psicológico no es tan grave como el físico; 12) La violencia es innata, pertenece a la esencia del ser humano; esta clasificación en LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar; FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, pp. 33 y 34. Ver también PÉRSICO, Lucrecia: *Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003, pp. 24 a 29.

²⁰ CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 109; GRANADOS PÉREZ, Francisco: «Características psicopatológicas de agresores y víctimas en el maltrato doméstico. Identidad sexual y maltrato», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, tomo III, p. 29; ROBLEDÓ VILLAR, Antonio: «Los elementos personales de la agresión familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, p. 194.

3.1 Rasgos típicos

No se dan en todos los casos, sólo son rasgos o características generales, notas distintivas o peculiaridades que se dan con más frecuencia de lo habitual):

a) *Familia de origen*

Historial de testigo o víctima de maltrato. El uso de la violencia es un comportamiento aprendido y aceptado como normal. Sabe que es odiado y temido, pero es la persona más poderosa del grupo.

b) *Comportamiento ambivalente*

Sujeto con doble vida. Presentan una doble faz, es decir, muestran una cara amable y son percibidos por el entorno como personas normales y correctas (llegan a engañar o a hacer dudar a los investigadores), y por otro lado actúan de forma cruel en la intimidad, maltratando en sus varias posibles formas a sus parejas. En el ámbito público no es nada violento, sino sumiso, alegre y tranquilo. Son a la vez afectivos y violentos.

c) *Exclusión de responsabilidad*

Nunca llega a considerar el problema como propio y lo achacará a causas ajenas.

d) *Culpabilización de la víctima*

Puede alegar violencia recíproca.

e) *Carácter sexista*

Definiciones muy rígidas de lo masculino y lo femenino. Identidad sexual cuando menos inmadura. Llegan a considerar que la violencia hacia la mujer es normal y buena para que no plantee problemas.

f) *Normalidad del maltrato*

Minimizan, racionalizan y justifican o niegan los hechos. La primera manifestación de un comportamiento violento habitual consiste en un mecanismo de negación, que trata de minimizar o esconder la agresión y que afecta tanto a agresor como a la víctima. La deformación de la realidad sirve al agresor para trasladar su propia responsabilidad por los resultados de su comportamiento negativo a la propia víctima, como su tendencia a la exageración

y su desequilibrio psíquico. La justificación de la propia conducta culmina el comportamiento tipo del maltratador. Se basa en la posible provocación de la mujer, en su capacidad de inventiva y tendencia a la mentira, así como en la búsqueda de una confrontación final querida por la víctima.

g) *Único instrumento de seguridad personal*

Baja autoestima unida a temida inseguridad y dependencia de la persona maltratada. Personalidad reservada, incapaz de transmitir sus sentimientos y emociones. No admite otras formas de resolver los conflictos. Fuera del ámbito doméstico no se atreven a decir lo que desean, temen o necesitan, se sienten inseguros. Tienen miedo a perder a la mujer, están necesitados de cariño, se sienten dependientes de la relación. En el ámbito doméstico expresan su incapacidad o insuficiencia en otros ámbitos, donde incluso se comportan de modo sumiso, callado, tolerante, soportando la humillación y la frustración.

h) *El maltrato trata de compensar sus deficiencias extrafamiliares*

Expresa en muchas ocasiones su incapacidad o insuficiencia en los demás ámbitos de la vida. Su proyecto general es considerado un fracaso y hay un claro autorrechazo de su comportamiento general. La violencia le sirve para recuperar la autoestima a través de su imposición dentro del hogar y del sometimiento de la mujer.

i) *Represión racional de la emotividad*

Concibe la manifestación del sentimiento como una desnudez interior que llegaría a perjudicarlo: dejaría al descubierto su propia debilidad.

j) *Comportamiento posesivo*

Actitudes celosas respecto del ser amado sin fundamento. Consideran a la pareja como algo de su propiedad. Sufre gran malestar interior ante la posibilidad de ruptura de la relación. Le lleva a tratar de garantizarla mediante un control excesivo. Tratará de aislar a la víctima de toda influencia exterior.

k) *Las situaciones concretas de frustración y tensión familiar son difícilmente toleradas*

Ha desarrollado un carácter falto de paciencia y tiene clara incapacidad para afrontar situaciones adversas.

l) *Conflictividad previa en otras etapas de su vida*

Incluso con antecedentes de malos tratos.

m) *Otra característica es el aislamiento emocional*

La reserva personal forma parte de su comportamiento. No sostiene conversaciones sobre sus sentimientos. Las circunstancias emotivas no suelen alterar su conducta y raramente transmite aspectos interiores de su personalidad. Sólo quiebra cuando transmite al exterior algunas pasiones negativas que conllevan enfado o irritación. Pero la rabia y cólera es contenida de manera que no es fácilmente detectable por ajenos al ámbito familiar²¹.

El hombre violento para Medina es una persona de valores tradicionales que ha interiorizado profundamente un ideal de hombre: fortaleza, autosuficiencia, racionalidad, el control del entorno que le rodea. La violencia supone en muchos casos un intento desesperado por recuperar el control perdido en el único ambiente donde realmente puede demostrar el hombre su superioridad: su propio hogar. Y existen actitudes y valores en nuestra sociedad que sustentan que dentro de la familia el recurrir a la violencia en las relaciones conyugales es válido²².

Lorente Acosta, M. Lorente Acosta, J. M. (1998) afirman el siguiente perfil: 1. Predisposición a la violencia física: celos infundados; control de la mujer, inicialmente presentado como para protegerla y mejorar su bienestar; presionar para iniciar de modo formal un compromiso o noviazgo; expectativas irreales de que la pareja encontrará todas sus necesidades; aislamiento de la mujer de todas sus fuentes; culpabilizar a otros de sus problemas; hipersensibilidad: se sienten fácilmente insultados o dolidos; crueldad hacia animales o niños; uso de la fuerza en forma de juego durante las relaciones sexuales; papel rígido en las relaciones sexuales; abuso verbal; cambios bruscos en su forma de ser; antecedentes de maltrato; amenazas de usar la violencia; romper objetos, especialmente los que la mujer tiene especial cariño; utilizar la fuerza bajo cualquier argumento. 2. Potencialidad de

²¹ Rasgos tomados de ROBLEDO VILLAR, Antonio, *loc.cit.*, pp. 195 a 201; CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, pp. 115 a 117; GRANADOS PÉREZ, Francisco, *loc. cit.*, pp. 35 y 36. El proceso de racionalización y minimización de la violencia, común a maltratador y maltratada se denomina «disonancia cognitiva», y por él las personas alteramos la realidad para evitar sentimientos desagradables o inadmisibles. Ver LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal (Agresión a la mujer: realidades y mitos)*, 2003, ed. Crítica, p. 25.

²² MEDINA, Javier: «Perfil psicossocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar», en *Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, p. 155. Citado también por CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 114.

producir lesiones graves o mortales: amenazas de homicidio o suicidio; depresión aguda y desesperanza; poseer armas; obsesión sobre la pareja y la familia, creencias de que no puede vivir sin ellos o que ellos son el centro del universo; furia; consumo de alcohol o drogas combinadas con un estado de desesperación; historia de abuso o violencia a sus mascotas; acceso fácil a la mujer maltratada y/o a los miembros de la familia²³. Se trata de un protocolo elaborado por los autores citados acerca de la predisposición a la violencia física y de la potencialidad de producir lesiones graves o mortales.

3.2 Tipos de maltratadores

No forman un grupo homogéneo. Existen dos tipos de violencia doméstica. El primer caso (violencia expresiva) se trata de una conducta motivada por sentimientos de ira, que refleja dificultades en el control de los impulsos o en la expresión de los afectos. En el segundo (violencia instrumental) la conducta es planificada, expresa un grado profundo de insatisfacción y no genera sentimientos de culpa.

a) Maltratadores impulsivos: presentan estado de ánimo disfórico (inestables emocionalmente e irascibles). Encajan en la personalidad borderline. Representan entre el 17 y el 45 por 100 de los casos, es más frecuente el maltrato psicológico y la violencia la limitan al hogar.

b) Maltratadores instrumentales: mayores niveles de narcisismo, de manipulación psicopática, conductas antisociales. Representan el 25 por 100 de los casos. La violencia es habitual y generalizada, no sólo en el hogar.

c) Maltratadores sobrecontrolados: practican el maltrato psicológico como reflejo de sus carencias personales. Son personas pasivas, dependientes y con rasgos obsesivos²⁴. Otros distinguen entre maltratadores dominantes, con rasgos de personalidad antisocial y que usan la violencia tanto dentro como fuera del hogar y maltratadores dependientes, que son depresivos y celosos y usan la violencia sólo dentro del hogar²⁵.

²³ Citado por CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, pp. 117 y 118; y por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique: «Aspectos médico-legales de la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo I, p. 42.

²⁴ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y AMOR, Pedro Javier, *loc. cit.*, pp. 312 y 313.

²⁵ ECHEBURÚA, Enrique; ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén, y DE CORRAL, Paz: «Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar», en *Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, p. 114. Estos autores consideran que existe cierta base empírica que apoya el estereotipo de lo que se llama drunken bum (holgazán borracho), pues la mezcla de estatus ocupacional bajo con el abuso de alcohol aumenta en ocho veces la probabilidad de conductas violentas (p. 115).

3.3 Malos tratos y trastornos mentales

Según Carrasco Gómez hay que distinguir: 1. *Consumo de sustancias. Abuso y dependencia al alcohol*. Los malos tratos surgen preponderantemente en situaciones de abuso y dependencia, si bien en los cuadros de intoxicación los actos violentos se ven aún más facilitados y la agresividad es mayor. Se trata del cuadro psicopatológico que con mayor frecuencia genera violencia en el medio familiar. La psicopatología que aparece en estos trastornos y la conducta violenta consecutiva no guarda relación directa con la presencia de intoxicaciones o la intensidad de las mismas. Pueden darse conjuntamente y de hecho es lo habitual, pero éstas no son necesarias para el diagnóstico de aquéllos. Hay casos de bebedores excesivos que al tener la tolerancia muy aumentada mantienen a lo largo del día alcoholemias suficientes para no sufrir abstinencia, pero que tampoco llegan a alcanzar las características clínicas de la intoxicación. Si bien en estos estados agudos se facilita la precipitación de esas situaciones y la violencia puede ser mayor. Surge un fenómeno del mayor interés, las ideas de celos, presentes entre el 50 y el 80 por 100 de los casos. Van muy paralelas a los trastornos sexuales que sufre el alcohólico crónico y que son el aumento de la libido y de la potencia sexual, el hipererotismo de los primeros estadios de la enfermedad y que da paso a una disminución de la potencia hasta llegar a la impotencia. Los celos pueden instaurarse o bien cuando existe una actividad sexual excesiva, en que puede ser rechazado por resultar molesto su hipererotismo o bien en fases en que las relaciones sexuales están alteradas o no existen por la impotencia. Además se hacen muy sensibles a las críticas y aumenta su irritabilidad y las conductas o respuestas desproporcionadas. Situación aún más grave es la alucinosis alcohólica, en la que el alcohol libera un trastorno subyacente de tipo psicótico. De todos modos el alcohol no se puede considerar como causa necesaria o suficiente para explicar las conductas violentas del maltratador. El hombre que maltrata generalmente sabe a quién «puede» agredir y a quién no, incluso estando bajo los efectos del alcohol, como pone de relieve Medina²⁶.

2. *Trastorno delirante de tipo celotípico* (Paranoia). Los enfermos presentan conductas anormales en relación con su delirio y sin embargo en todo lo no relacionado con el delirio su comportamiento es aparentemente normal.

Una variedad es el trastorno celotípico, en el que el delirio consiste en que el compañero es infiel. Conlleva un elevado riesgo de maltrato y puede

²⁶ MEDINA, Javier: «Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar», en *Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, p. 156.

conducir a la muerte. Maltrato que el agresor justifica, que no remite espontáneamente y en el que no hay conciencia de enfermedad. La idea delirante es irreductible y resistente a toda argumentación lógica.

3. *Trastornos adaptativos y situaciones de estrés*. Factores relacionados con la violencia doméstica: frustración personal; explotación laboral; baja autoestima; anuncio de separación familiar; planteamiento de una demanda de separación; convivencia forzada durante la tramitación de procedimiento judicial; resolución judicial y sentencia de separación y divorcio; despido o paro laboral. Esto produce agresividad e irritabilidad. Cursan con ansiedad oscilaciones del estado de ánimo y a veces con agresividad.

4. *Trastornos de la personalidad*. Son patrones permanentes de experiencias internas y del comportamiento, inflexibles, que se apartan acusadamente de las expectativas de cultura del sujeto, y que se manifiestan por lo menos en dos de las siguientes áreas: cognición (forma de percibir e interpretarse a sí mismo, a los demás o a los acontecimientos); afectividad (gama, intensidad, labilidad y adecuación de la respuesta emocional); actividad interpersonal; control de los impulsos. Estos rasgos constituyen una desviación o acentuación tal que son consideradas como patológicas. Trastorno paranoide: desconfianza, rigidez, suspicacia, rencor, vengativos, ideas de celos, de ser atacado y maltratado; esta personalidad está detrás de muchos casos de denuncias por malos tratos. La actuación no es improvisada, sino calculada y precisa. Trastorno antisocial²⁷: desprecio y violación de los derechos de los demás, con impulsividad, irritabilidad, agresividad, falta de responsabilidad familiar. Trastorno límite o borderline: es un trastorno que conlleva inestabilidad emocional y afectiva, con cambios marcados del estado de ánimo. Trastorno narcisista: buscan la admiración y el

²⁷ Sobre la diferencia entre trastorno antisocial y psicopatía, ver GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *El psicópata. Un camaleón en la sociedad actual*. Ed. Algar, 2003, pp. 100 a 104. El libro citado contiene un apartado sobre el marido psicópata, donde distingue entre el psicópata parásito (quien trata de vivir a costa del otro) y el psicópata posesivo (que trata de dominar y controlar), pp. 239 a 257. También narra el proceso de caza del psicópata, con una fase inicial de fascinación de su víctima, aprovechando la disposición anímica de ésta, una fase de absorción, en la que trata de disponer de mucha libertad de movimientos, frente al control férreo de la víctima y que en parte se debe a que el psicópata tiene problemas para percibir la imagen que los demás tienen de él; sigue una fase de explotación en la que, según Garrido, «chupa la energía psíquica» de su mujer e intenta reestructurar sutilmente su vida, y luego la fase de revelación y horror, en la que ocurren cosas inquietantes y empiezan a encajar las piezas. El psicópata se caracteriza por la superficialidad unida a la locuacidad vacía, ya que para ellos las palabras están desprovistas de significado afectivo y por buscar sensaciones intensas, puesto que tienen un umbral muy alto de estimulación: ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, ESPASA, 2004, p. 130. El agresor psicópata mantiene una extraña y sorprendente tranquilidad durante la agresión, pues el nivel de excitación del sistema nervioso permanece dentro de los límites de la normalidad (no se eleva su frecuencia cardíaca, la respiración continúa lenta y profunda, no hay sudoración), LORENTE Acosta, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares), 2005, pp. 150 y 151.

reconocimiento por parte de los demás, con mala aceptación del fracaso y sobrevaloración de los logros, con constante necesidad de llamar la atención y desprecio por los demás.

5. *Trastornos depresivos*: Cuando la autoagresividad desciende no es infrecuente que surja la heteroagresividad: suicidio ampliado u homicidio por compasión. El sujeto se sume en una desesperanza tan profunda que quiere evitar sufrimientos a los seres más queridos²⁸.

Lorente Acosta, M., y Lorente Acosta, J. A. (1998) expresan una cierta sensación de pesimismo en cuanto a la modificación de la conducta por parte del agresor y consideran que las medidas tendrán un efecto leve y probablemente pasajero. Para los que piensan en la mujer como un objeto al que en determinadas ocasiones se puede agredir para mantenerla en su sitio, cada una de las noticias que se escuchan sobre brutales palizas u homicidios les sirven de ejemplo a seguir²⁹.

También se da importancia al daño cerebral. Los hombres que lo han sufrido informan tener más problemas para controlar su estado de ánimo, más agresión verbal y discusiones con su pareja y más niveles de ira y depresión³⁰.

4. RASGOS PSICOLÓGICOS DE LA MUJER MALTRATADA

Al igual que en el caso anterior, sólo puede hablarse de rasgos generales que no se dan en todos los sujetos, ya que no se ha podido demostrar un tipo de personalidad especialmente susceptible a entablar relaciones con un futuro maltratador, del mismo modo que no existe ningún indicio experimentalmente demostrado que sea capaz de detectar al futuro maltratador. No hay relación con los ingresos económicos, nivel de educación, ser o no ama de casa, pasividad, hostilidad, integración de la personalidad, autoestima, ingesta de alcohol o emplear violencia con los niños. El principal factor de riesgo son los antecedentes de abuso sexual en la infancia y las características del hombre con el que se convive³¹.

²⁸ CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, pp. 119 a 127; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique, *loc. cit.*, pp. 43 a 49, para todo este apartado.

²⁹ CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 110.

³⁰ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, p. 51.

³¹ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, p. 96; LORENTE ACOSTA, Miguel: «Síndrome de agresión a la mujer. Aspectos psicológicos del maltratador y de las víctimas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo II, p. 143.

4.1 Rasgos típicos

a) *Aceptación de la violencia como normal*

Carece de perspectiva crítica y cree que debe ser sumisa.

b) *Baja autoestima*

Relaciones de dependencia y fuerte victimización que llevan a una afinidad con el maltratador.

c) *Sentimientos de culpabilidad y responsabilidad*

Por cuanto no ha sabido dar todo de sí para la persona amada; su estima depende de conquistar y mantener un hombre a su lado.

d) *Fracaso personal*

Proyecto personal inacabado.

e) *Inseguridad*

La dirección de su existencia no le pertenece.

f) *existencia de conflicto interior*

La injusticia de la agresión se confunde con el merecimiento personal de la vejación.

g) *Impotencia reconocida*

No puede escapar de la situación o resolverla.

h) *rígido pensamiento desfavorecedor*

Defensa del arquetipo femenino de hogar y unidad familiar.

i) *Formación incompleta*

Debe aceptar formas de violencia.

j) *Recelo permanente*

Desconfianza a toda ayuda exterior.

k) *Responsabilidad desmedida*

Asume la responsabilidad por la conducta del maltratador.

l) *Autoinfluencia negativa*

Aceptación pasiva³².

Según Garrido Genovés, muchas mujeres tienen creencias irracionales sobre el amor y creen compatibles algunas formas de violencia con el mismo (celos desahorados, violencia verbal...) y piensan que aunque el hombre tenga indicadores negativos su amor les hará cambiar. Para Garrido la receta es fiarse de la intuición: si un hombre no te convence, déjalo, no lo vas a cambiar³³.

Desde el punto de vista de las psicopatologías encontramos: baja puntuación en afectividad, baja estabilidad emocional, inmadura, poco responsable y dependiente; tímida, con poco interés por el sexo opuesto o por conocer gente nueva, descuidada y superficial; tendencia a la dramatización, preocupada por su cuerpo y con poco ánimo para enfrentarse a sus obligaciones y tareas; desconfiada, insegura, reservada e introvertida; deprimida, angustiada, con graves sentimientos de culpa³⁴.

a) *Negación del maltrato*

La primera característica de la mujer maltratada es su tendencia a negar precisamente su condición de mujer maltratada. La negación es un mecanismo básico de defensa, normal, adaptativo, dirigido a protegernos de aquellas experiencias que nos son en exceso penosas o incluso insoportables. Es una forma de economía psíquica. Pero también entra en juego otro mecanismo psíquico: la disociación. Consiste en un alejamiento de la experiencia física, «un no estar» presente «psíquico» durante la agresión, una separación mente-cuerpo que supone una especie de amortiguamiento y

³² Tomados de ROBLEDÓ VILLAR, Antonio, *loc. cit.*, pp. 207 y 208; BARDALET VIÑALS, Narcís: «Concepto de violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II, p. 295.

³³ Citado por ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: «Violencia doméstica. Consideraciones generales», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II, pp. 227 y 228.

³⁴ BEDATE GUTIÉRREZ, Andrés: «Epidemiología y aspectos legales de las mujeres maltratadas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, p. 132; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique, *loc. cit.*, p. 47 donde atribuye la clasificación a Castellano Arroyo. LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares), 2005, p. 40 se pregunta si estas alteraciones no serán consecuencia del maltrato, no causa del mismo ni anterior a él.

una suerte de anestesia ante el dolor físico, separando la experiencia física de la experiencia cognitiva de estar siendo agredida y dañada. Esto a la larga provoca un distanciamiento entre «el sentir» y «el pensar», siendo la víctima incapaz de integrar emoción y experiencia. Esta experiencia disociativa favorece la minimización del daño³⁵.

La mujer maltratada aparece ante los profesionales y ante los Tribunales como una persona «emocionalmente alterada», característicamente presentará signos de ansiedad y depresión, o se hallará bajo tratamiento psicológico o psiquiátrico, a la par que presentará una real dificultad en la transmisión verbal de su experiencia abusiva.

Ante los Tribunales la propia situación que presenta le resta credibilidad: tendemos a tomar los signos de nerviosismo como falta de credibilidad, y una excesiva demostración de daño tiende a restar credibilidad a su testimonio³⁶. Por otro lado, el maltratador suele dar fuera del hogar una apariencia de persona respetuosa y correcta, lo que genera una situación de humillación y soledad terribles en la víctima, que siente que no va a ser creída y tiende a reprocharse a sí misma la situación³⁷.

b) *Comportamiento problemático de la mujer maltratada*

Pautas de manipulación: Como consecuencia del maltrato la mujer desarrolla unas pautas de comunicación de tipo manipulativo-seductor como medio eficaz de mantener el control en un entorno inestable donde el maltrato puede aparecer en cualquier momento. Como consecuencia de esta necesidad de anticipación, se pueden mostrar seductoras, sexualizando todas sus relaciones sociales en un intento de ganar afecto y reconocimiento y neutralizar la agresión. También pueden mostrarse en exceso suspicaces, hipervigilantes en el ambiente, para anticiparse y minimizar el daño.

³⁵ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, pp. 92 y 93. ROBLEDO VILLAR, Antonio, *loc. cit.*, pp. 202 a 205. VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca: «La violencia familiar y la agresión sexual como objeto de la pericial psicológica», en Urra Portillo, Javier y Vázquez Mezquita, Blanca (comps.): *Manual de psicología forense* (1993), ed. Siglo XXI, p. 299; HIRIGOYEN, Marie-France: *El acoso moral (El maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Paidós, 2003, p. 142. Lo define como una fragmentación de la personalidad, fenómeno defensivo ante un acontecimiento traumático que es tan lejano a lo que normalmente se puede concebir que el psiquismo no tiene otro remedio que deformarlo o expulsarlo de la conciencia.

³⁶ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, (1998), p. 94. De todos modos la Psicología social estudia la tendencia a culpabilizar a la víctima misma: la sociedad no puede soportar la hipótesis de un orden en el que las personas padezcan, sin razón, males no merecidos (teoría del mundo justo). Esto se soluciona atribuyendo a la víctima inocente algún tipo de responsabilidad, culpabilizándola: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanc, 1994, p. 63.

³⁷ BARDALET VIÑALS, Narcís, *loc. cit.*, p. 300.

Expresión de la cólera o enojo: Señala Vázquez Mezquita que algunos estudios realizados a partir de hombres y mujeres sobre situaciones de disgusto o ira ante su pareja, parecen indicar que las mujeres viven tales situaciones de un modo más problemático: si controlan su enojo y ahogan su agresividad, se sienten frustradas o reprimidas; si lo expresan con llanto, temen ser juzgadas como manipuladoras o percibidas como infantiles; si dejan exteriorizar su agresividad, temen ser etiquetadas de histéricas... En todos los casos llevan las de perder. Sin embargo los varones relatan esos episodios como ganadores; si muestran abiertamente su enojo y agresividad se sienten satisfechos (mientras las mujeres se autocriticaban), si se retiran eran maduros, etc. (citando a José Luis Sangrador, 1997). Excesiva complacencia y deseo de agradar a otros: se encuentra en un callejón sin salida si ha interiorizado las normas sociales según las cuales de ella depende el funcionamiento de la pareja y la vida familiar, siendo incapaz de admitir la idea de fracaso y empeñándose en comportamientos sumisos³⁸.

c) *Repercusiones de los malos tratos según Torres y Espada*

a) Inhibición de la expresividad (como su comportamiento se malinterpreta y puede generar actos violentos); b) Vivir en estado de alerta (al no saber por qué ni cuando pueden ser agredidas); c) Adicciones a sustancias tóxicas (para negar frustraciones emocionales); d) Alteraciones de la salud (exceso de responsabilidad y nula satisfacción personal); e) Alteraciones en la alimentación (obesidad, bulimia, anorexia); f) Alteraciones sexuales (ausencia de deseo sexual ni placer con la pareja)³⁹.

Miguel Lorente, profesor de Medicina Legal en Granada, dice que en muchas ocasiones la mujer se deja pegar porque «la niña que vio cómo su padre agredía a su madre interioriza este acto como normal y convive con esas pautas de conducta toda la vida. Se identifica con la madre y luego repite el mismo rol». La mejor prevención del maltrato es educar en la dignidad y en el conocimiento de los derechos de los demás⁴⁰.

³⁸ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, (1998), pp. 99 a 102.

³⁹ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, (1998), pp. 102 y 103. En el mismo sentido, ROBLEDO VILLAR, Antonio, *loc. cit.*, pp. 214 y 215. Como dice Lucrecia PÉRSICO, en una situación de malos tratos el sistema emocional está constantemente sobrecargado; y cada emoción está asociada a un sistema de hormonas y neurotransmisores que se segregan ante los diferentes cambios de estado. Y esto supone un enorme esfuerzo para el organismo. Por ello también aparecen somatizaciones: dolores y síntomas difusos, infecciones vaginales y urinarias, dolor pelviano o abdominal, jaquecas, etc.: *loc. cit.*, pp. 244 y 245. En idéntico sentido, HIRIGOYEN, Marie-France: *El acoso moral (El maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Paidós, 2003, p. 136.

⁴⁰ ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis: «Prevención y tratamiento de la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, p. 287.

4.2 Secuelas psíquicas

No todas las mujeres experimentan el mismo nivel de impacto psicológico, depende de (Dutton, 1992): *a)* recursos personales e internos; *b)* presencia de estresores adicionales; *c)* respuesta institucional; *d)* acceso a recursos tangibles y al apoyo social; *e)* factores históricos, aprendidos y personales; *f)* aspectos positivos de la relación; *g)* estrategias de afrontamiento y/o de supervivencia para hacer frente a los malos tratos. También son importantes: *a)* La personalidad previa. Es importante la percepción subjetiva de la capacidad o incapacidad de la víctima para readaptarse. La psicopatología previa se presenta como uno de los factores de mayor vulnerabilidad; *b)* tipo de trauma. La violencia física (sobre todo parental) y el abuso sexual se presentan como los acontecimientos más generadores de daño para la víctima. Otros autores dan importancia a la pérdida de un progenitor durante la infancia⁴¹. Hay que tener en cuenta que se plantean importantes problemas de constatación objetiva de lesiones psíquicas en las víctimas⁴².

De todos modos, los índices sobre esta problemática se extraen de estudios descriptivos con muestras pequeñas. El trastorno por estrés postraumático es la categoría que mejor representa lo que sienten las víctimas de maltrato. En España, Villavicencio, Sebastián y Ruiz (1994) encontraron que de una muestra de setenta y una mujeres de Centros de Acogida para Mujeres Maltratadas, un 61,56 por 100 cumplían los criterios de diagnósticos. Echeburúa y col. (1997) lo observaron en un 55 por 100 de una muestra de ciento veintiséis, sin que fuera menos grave haber sido víctima de maltrato físico que psicológico⁴³.

Trastorno de estrés postraumático. Ha sido introducido por primera vez en la tercera edición del Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) de 1980. DSM IV (309.81). Engloba un conjunto de síntomas de ansiedad, que incluyen temor, desesperanza y horrores intensos⁴⁴.

⁴¹ JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel: «Trastornos de ansiedad, depresivos y adaptativos en víctimas de maltrato infantil: clínica, evolución y diagnóstico diferencial», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, p. 34; CANO VALERO, Julia: *Concepto y causas de las lesiones y secuelas psíquicas*, mismo libro, pp. 17 a 20; VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia: *Repercusión de los malos tratos en la salud mental de las mujeres*, mismo libro, pp. 68 y 69.

⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique: «Aspectos médico-legales de la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo I, p. 38.

⁴³ VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia, *loc. cit.*, pp. 60 y 63.

⁴⁴ VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia, *loc. cit.*, pp. 63 a 69; MINGOTE ADAM, Carlos: «Trastornos de estrés postraumático en víctimas de maltrato familiar», en *Estudios sobre violen-*

No todas las personas tienen la misma facilidad para sufrirlo. Hay unos factores predisponentes: presencia de trauma infantil; rasgos de personalidad de tipo paranoide, dependiente, antisocial y límite; sistema de apoyo poco adecuado; vulnerabilidad genética constitucional para la enfermedad psiquiátrica; cambios estresantes recientes en la vida del sujeto; la alexitimia (incapacidad de identificar o verbalizar estados emocionales). Un 30 por 100 de los pacientes se recupera, un 40 por 100 presenta síntomas leves residuales, un 20 por 100 síntomas moderados y un 10 por 100 no mejora. No existen pruebas diagnósticas objetivas y es difícil establecer el nexo de causalidad⁴⁵. Es la categoría diagnóstica más apropiada para describir las consecuencias psicológicas del maltrato.

OTROS TRASTORNOS

Ansiedad

La mayor parte presentan alto nivel de ansiedad. Las que han sufrido abusos sexuales o malos tratos en la infancia pueden volver a experimentar las mismas respuestas de ansiedad y a veces manifiestan ataques de pánico. Los trastornos de ansiedad obsesivo-compulsivos (limpieza obsesiva del hogar) pueden llegar a ser un modo de bloquear los recuerdos del maltrato (Dutton, 1992).

cia doméstica y agresiones sexuales, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, pp. 42 a 48; HIRIGOYEN, Marie-France: *El acoso moral (El maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Paidós, 2003, pp. 144 y 145. Es similar a la antigua neurosis traumática desarrollada a partir de la neurosis de guerra durante la Primera Guerra Mundial y estudiada en los excombatientes del Vietnam. Rojas Marcos explica que nuestro mecanismo de autodefensa se desconecta y nos sentimos como anestesiados. La percepción y el sentido del tiempo se perturban y experimentamos la vivencia como si ocurriera fuera de nosotros y a cámara lenta. «Una vez pasado el peligro, el sistema de defensa de la víctima se mantiene en estado de alerta, como si la agresión pudiera repetirse en cualquier momento, lo que hace que se asuste con facilidad, que reaccione con irritabilidad a provocaciones sin importancia y que experimente dificultades para relajarse o conciliar el sueño. Las escenas del suceso aterrador ya pasado se entrometen en la vida diaria como una obsesión y alteran la normalidad de su día a día. Al cabo del tiempo, muchas víctimas de estas atrocidades sienten que una parte de ellas ha muerto, y algunas incluso desearían literalmente estar muertas». ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, loc. cit., p. 42. Esto va unido a que tenemos dos memorias independientes y localizadas en zonas diferentes del cerebro. En la memoria emocional guardamos los recuerdos traumáticos con su fuerza original a pesar del paso del tiempo, mientras que en la memoria verbal guardamos los avatares de la vida que poco a poco pierden su intensidad afectiva original. La adrenalina segregada en situaciones de alta emotividad o terror facilita la retención de información en la memoria emocional. Sin embargo, en el maltrato habitual disminuye la producción de adrenalina por debajo de lo normal, y se altera la capacidad de almacenar información en la memoria. La víctima tiende entonces a reprimir las experiencias traumáticas (pp. 52 a 54, 172 y 173).

⁴⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique, loc. cit., pp. 48 y 49.

Depresión/suicidio

No sólo aparece la depresión en mujeres que siguen en la relación, sino también y con mayor intensidad en las que la abandonan, lo que sugiere que abandonar la relación no mejora el nivel de ajuste psicológico. El riesgo de suicidio es cinco veces más alto en mujeres maltratadas que en las que no lo son. En la investigación de Villavicencio Carrillo (1996) un 32,5 por 100 de las mujeres maltratadas afirmó que durante la situación había intentado o planeado alguna vez suicidarse.

Disminución de la autoestima

El maltrato psicológico suele ser percibido por las víctimas como tanto o más doloroso que el físico. Produce desvalorización y mucho sufrimiento. Frecuentemente por el aislamiento tienen como única referencia al maltratador. La falta de contacto con gente que la valore, que tenga una opinión positiva de ella, crea en la mujer una autoimagen desfigurada y negativa.

Las mujeres maltratadas han entrado voluntariamente en la relación y generalmente se encuentran unidas emocionalmente a sus parejas, por lo que cuando sufren malos tratos, su capacidad para elegir relaciones adecuadas se ve cuestionada, causando éstos un efecto negativo y devastador en la autoestima (Dutton, 1992).

Déficit de asertividad

Es una respuesta adaptativa al maltrato. Ser asertivo (decir lo que se quiere o se piensa) puede desencadenar la agresión.

Conductas adictivas

Se utiliza para reducir la ansiedad inmediata y produce bloqueo del malestar emocional. Las conductas compulsivas y rituales producen el mismo efecto (comer compulsivamente, anorexia y bulimia, limpieza compulsiva del hogar, adicción al trabajo, a comprar, a los juegos de azar). Parece que sólo un 10 por 100 de las mujeres maltratadas abusan del alcohol y de las drogas (Villavicencio, 1996), si bien Golding lo eleva al 18,5 por 100 en el caso del alcohol y al 8,9 por 100 en el de otras drogas⁴⁶.

⁴⁶ VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia, *loc. cit.*, pp. 69 a 71; LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío, *loc. cit.*, p. 69.

Cogniciones postraumáticas

La exposición a un trauma puede cambiar la forma en que las personas se perciben a sí mismas, a los demás y al mundo que les rodea. Hay un incremento de tolerancia a la violencia, aumento de la desconfianza y el miedo hacia los demás, percepción de falta de significado, de incontrollabilidad, de falta de alternativas y autopunición por lo sucedido⁴⁷.

Síndrome de Estocolmo

«Es un vínculo interpersonal de protección, construido entre la víctima y su agresor, en el marco de un ambiente traumático y de restricción estimular, a través de la inducción en la víctima de un modelo mental (red intersituacional de esquemas mentales y creencias). La víctima sometida al maltrato desarrollaría dicho síndrome para proteger su propia integridad psicológica y mantener la homeostasis fisiológica y conductual» (Montero Gómez)⁴⁸.

Parece prudente que para apreciar la existencia de lesiones de carácter psíquico sea preciso exigir que el trauma sufrido sea serio, es decir, que el acto delictivo sea de tal naturaleza que sea susceptible de producir daño en una persona normalmente constituida (hecho o situación que causaría por sí mismos malestar persistente en casi todo el mundo); en segundo lugar, habría que excluir las carencias, desfases sociales y los meros desajustes afectivos o emocionales y los casos de mínima afectación; tercero, es preciso para poder determinar la relación de causalidad que por los peritos se estudie el estado psíquico de la víctima anterior al hecho, su personalidad y vulnerabilidad.

Los psicólogos (Echeburúa) señalan que los trastornos que con mayor frecuencia aparecen son la depresión mayor (según Sato y Heiby, 1992, en el 47 por 100 de los casos) y el trastorno de estrés postraumático (según Houskamp y Foy, 1991, en un 45 por 100 de los casos)⁴⁹.

⁴⁷ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío, *loc. cit.*, p. 70. Según estos autores también se observan en las mujeres maltratadas déficits en la solución de problemas (menos alternativas de solución y menos efectivas) e inadaptación, motivada por el aislamiento social, aparición de cuadros clínicos, alteración de las relaciones familiares y bajo rendimiento laboral (pp. 70 a 72), si bien los problemas más importantes son la depresión y el estrés postraumático, con un promedio en tasas de prevalencia de un 47,6 por 100 y un 63,8 por 100, respectivamente (p. 73). Este diagnóstico es compartido por ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz; SAUCA, Diana, y EMPARANZA, Icíar: «Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico», en *Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, p. 129.

⁴⁸ ROBLEDO VILLAR, Antonio, *loc. cit.*, pp. 210 y 211.

⁴⁹ VALCARCE LÓPEZ, Marta, *loc. cit.*, pp. 53 a 55.

4.3 Cuadros sindrómicos

*Síndrome de agresión a la mujer*⁵⁰: agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre, y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de una relación de pareja, agresión sexual en la vida en sociedad y acoso en el medio laboral.

Es síndrome porque no se trata de casos aislados. La agresión se produce para mantener el papel de hombres y mujeres, por medio de la sumi-

⁵⁰ Miguel LORENTE ACOSTA, desde posiciones muy próximas al feminismo, prefiere denominar a la violencia doméstica «síndrome de agresión a la mujer», y considera que es una violencia estructural, derivada de un modelo sociocultural androcéntrico y patriarcal, que asigna diferentes roles a hombres y mujeres, y sitúa a éstas en una situación de subordinación. Las agresiones las sufre la mujer por el hecho de ser mujer (la violencia doméstica sólo es tal cuando la ejerce el «hombre, varón, de sexo masculino»), como mecanismo de control y poder para perpetuar la desigualdad, responsabilizando a la mujer de la agresión que sufre. Ver LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal (Agresión a la mujer: realidades y mitos)*, 2003, ed. Crítica, pp. 18, 27, 28, 38 a 40. El feminismo ha resaltado que nacemos hombre o mujer, de modo que el sexo está determinado biológicamente, pero al género (masculino y femenino) se le dota de contenido socialmente y por tanto no es un hecho natural sino un artificio, de donde surge un ideal de mujer con determinadas funciones sociales, que «casualmente» son las idóneas para la sumisión (pp. 66 a 68). Para este autor el único dato objetivo es que el agresor es siempre un hombre y la víctima una mujer, y la conducta no es casual sino fruto de una estrategia sistemática, pues el maltratador, para tener una coartada por si el caso trasciende, intenta ganarse la confianza y el respeto de los demás, golpea en zonas no visibles, responsabiliza a la mujer de los hechos, la aísla de fuentes de ayuda y apoyo, combina la violencia física con la psíquica y con periodos de amabilidad (pp. 60, 76, 81, 82, 86, 92). Por otra parte, considera que la «mujer agresora» es un mito, pues cree que «en muy pocos casos se ha podido comprobar que en la actitud de la mujer haya una verdadera intención de hacer daño, o que el hombre resulte lesionado en el plano físico o psíquico» (pp. 123 a 125), aunque concluye que existe, pero tiene importantes matices que la distinguen de la del hombre, ya que se trataría de una respuesta a una situación de agresividad y violencia previa por parte del hombre (pp. 126 a 128) y no tiene que ver con los papeles sociales de sumisión y control. Además en la agresión masculina enseguida aflora todo el arsenal de justificaciones y explicaciones del sistema patriarcal, recayendo muchas preguntas sobre la conducta de la mujer. Es lo que llama el «argumento de Arquímedes llevado a la violencia»: dame una excusa y utilizaré la violencia en cualquier circunstancia. Así en LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, pp. 28 y 29, donde afirma que todos los hombres pueden llegar a «pensar en lo mismo»: mantener un estatus de dominación sobre la mujer, y p. 38. Para OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, p. 92, también es un logro de la teoría feminista la distinción entre sexo y género. Lorente Acosta en la última obra citada (2005) matiza su posición de que la violencia de la mujer hacia el hombre obedece siempre a una respuesta a la violencia del hombre o a una situación de defensa, añadiendo dos nuevos casos en los que la mujer ejerce la violencia: el contexto de desigualdad histórica, en primer lugar, puede hacer que la mujer recurra a la contra-violencia y a la contra-agresividad como auto-afirmación (p. 260) y en segundo lugar, se daría el fenómeno opuesto: en determinados grupos se produciría una igualación hombre-mujer con asunción de roles masculinos por ésta que haría que un grupo reducido de mujeres ejerza violencia frente a su pareja con los mismos objetivos de sumisión y control que cuando lo hacen los hombres (p. 261).

sión y el control del hombre. Por eso la agresión no busca tanto producir una serie de lesiones o el finalizar una discusión conflictiva, sino que va más allá, aplicando una *violencia excesiva* para aleccionar a la mujer. Otra característica es la *violencia extendida*, porque se extiende a objetos y animales por los que la mujer muestra especial cariño, así como a familiares e hijos.

Síndrome de maltrato a la mujer: conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su cónyuge, o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogos razones de afectividad.

Se puede dar durante el noviazgo, e incluso después de la relación (separación, divorcio). La violencia es especialmente intensa, existen lesiones de defensa, y el daño psíquico es importante⁵¹. El síndrome de la mujer maltratada fue formulado por Walker, partiendo de la indefensión aprendida, reformulada en términos de depresión humana y es muy próximo al estrés postraumático⁵².

5. LA INTERACCIÓN AGRESOR-VÍCTIMA

5.1 Codependencia

Lo que sorprende a la población en general es la codependencia que genera el maltrato⁵³. En opinión de Medina, en algunos maltratadores hay una dependencia emocional con sus parejas, que se ve reforzada por su dificultad para expresar sentimientos, tanto positivos como negativos. La

⁵¹ LORENTE ACOSTA, Miguel, *loc. cit.*, (2000) pp. 128 a 131; COCHS TARAFÁ, Carmen: «Apuntes para una intervención médico-forense más eficaz en mujeres maltratadas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999 tomo III, pp. 48 y 49. LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, pp. 50 y 51, donde afirma que es una violencia instrumental, ya que el objetivo no es causar unas determinadas lesiones, sin aleccionar a la mujer sobre quién mantiene la autoridad en la pareja. Es una violencia inmotivada, desproporcionada, excesiva, extendida y con intención de aleccionar.

⁵² LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, pp. 63 y 64. LORENTE ACOSTA: *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, p. 58: Se caracteriza por temor, ansiedad, fatiga, alteraciones del sueño y del apetito, pesadillas, molestias y dolores inespecíficos. Un 60 por 100 de las mujeres maltratadas tienen trastornos psicológicos moderados o graves y un 92 por 100 disfunciones en la libido y en las relaciones sexuales (p. 106).

⁵³ El carácter interactivo de la relación entre autor y víctima ha sido destacado por la criminología moderna, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanc, 1994, pp. 41, 42 y 44.

pareja es su única fuente de apoyo, cariño y comprensión. De ahí los intentos de control y los celos irracionales. Frente a ello muchas mujeres maltratadas tienen habilidades para aprender con rapidez, capacidad para expresar adecuadamente sus emociones y confianza ciega en sus parejas, rasgos que justo escasean en los hombres violentos. Esta compleja complementariedad conforma, para el citado autor, un tipo de relación parecido al de madre sumisa-hijo consentido, en la que la mujer cuida del marido como de un niño mimado y obtiene a cambio la sensación de ser imprescindible para su pareja⁵⁴. La violencia doméstica no es un fenómeno individual y aislado, sino el fruto de una relación de dos o más personas. Se debe explicar en un contexto relacional, no sólo desde el sujeto agresor. Todas las personas implicadas en esta interacción juegan un papel de alguna forma⁵⁵. Pero hablar de actores no es lo mismo que hablar de responsabilidad jurídica o de participación en la violencia⁵⁶. Hay un férreo lazo que mantiene unidos al maltratador y a su víctima. La posición de víctima es sólo aparentemente inactiva ya que en ella la mujer juega un papel encubierto de «provocador pasivo»⁵⁷. Se propondrá porfiadamente modificar el comportamiento y el

⁵⁴ MEDINA, Javier: *Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar, en Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA) Pirámide, 2003, pp. 156 y 157. «Al maltratador no le interesa perder contacto con quien le hace la vida fácil, con quien renuncia a todo con tal de transformarle; a la víctima, la sola idea de dejar aquello en lo que ha puesto tantas energías antes de obtener la merecida recompensa, le resulta desesperante», en PÉRSICO, Lucrecia: *Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003, p. 43.

⁵⁵ BARDALET VIÑALS, Narcís: «Concepto de violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II, p. 294. VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca: La violencia familiar y la agresión sexual como objeto de la pericial psicológica, en Urra Portillo, Javier y Vázquez Mezquita, Blanca (comps.): *Manual de psicología forense* (1993) ed. Siglo XXI, donde afirma que se trata de una conducta interactiva, donde agresor y víctima actúan de forma mutuamente elicitante, p. 295.

⁵⁶ En este sentido, Lucrecia PÉRSICO, *loc. cit.*, p. 211.

⁵⁷ Lucrecia PÉRSICO (*Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003), afirma que en las discusiones las mujeres suelen ser más agudas, mordaces e irónicas que sus compañeros y que el primero que suele quedarse sin arsenal verbal es el hombre. Esto puede hacerle perder los nervios, lo que a veces es provocado para dejarlo con una gran carga de culpas. Pero si bien esto es cierto, también lo es que al provocado nadie le obliga a pegar y conseguiría mucho más si no respondiera con violencia, ni colocara a su pareja en el papel de víctima «porque la bofetada, el empujón, la paliza, aunque le haga cerrar la boca, le da a ella, sin embargo, la razón» (pp. 18, 19, 27). En contra de la provocación o participación activa de la mujer en el origen de la violencia, así como de que ésta recurra a la violencia psicológica o de que se trate de una lucha por el poder dentro de la pareja LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, pp. 205, 206, 212, 252, 254. El problema está, para este autor, en la «masculinidad hecha cultura». Así considera que los argumentos anteriores se utilizan por la cultura androcéntrica para recuperar parte del control perdido con la explosión del fenómeno de la violencia contra las mujeres y el continuo aumento del número de denuncias y víctimas (p. 260).

carácter del otro, nunca de manera explícita, sino a través de estrategias de resistencia pasiva, de culpabilización y de victimismo, lo que estimula precisamente los comportamientos agresivos y violentos que se tratan de evitar. El fracaso de la estrategia alimenta aun más los deseos de desquite y venganza, de impotencia y furia. Los niños, desde los 3-4 años, se suelen aliar con el progenitor más débil. El padre percibe esta coalición como una amenaza de abandono lo que aumenta su vulnerabilidad e inseguridad que se manifiestan y ocultan con comportamientos agresivos, duros u hostiles⁵⁸. El castigo aplicado ante las respuestas adaptativas tales como miedo, enfado o intentar buscar ayuda hace que disminuya el que se produzcan en el futuro, y si la mujer se queda, argumenta o devuelve el golpe, aumentará la gravedad del abuso. Por ello la víctima desarrolla habilidades de enfrentamiento para aumentar sus probabilidades de supervivencia⁵⁹. La violencia es una conducta recíproca con dos actores. Así se distingue: *violencia agresión o violencia simétrica* (Perrone y Nannini) donde ambos aceptan la confrontación y la lucha, aunque haya desventaja entre uno y otro atacante. Da lugar a peleas terribles e interminables, con periodos de complementariedad (pausa complementaria). En ella la mujer no se presta al desairado papel de mera víctima e intenta y a veces provoca, la agresión por sí misma. La situación puede acabar de cualquier manera. *Violencia castigo*: se inscribe en el marco de una relación desigual. Uno de los actores reivindica un papel superior al del otro y se arroga el derecho de inflingirle sufrimiento, muchas veces cruel, a quien se coloca por debajo. La violencia es unidireccional e íntima, sólo la sufre uno y se suele encontrar una aceptación de la situación de inferioridad en la víctima. El castigo se justifica porque ha descubierto una falta. En la violencia castigo no hay pausa, permanece escondida y toma un carácter íntimo y secreto. Ninguno de los actores habla de ella en el exterior. Más allá del aspecto interactivo, ambos tienen una baja autoestima. El maltratado presenta un importante trastorno de la identidad, y el agresor es rígido, carente de toda empatía, impermeable al otro, con cantidad de ideas fijas, repeticiones y comportamientos destinados a rectificar todo lo que es diferente de sí mismo. Desea modelar a su pareja hasta quebrarla. Sólo tiene una mínima conciencia de la violencia y un confuso sentimiento de culpabilidad. Se ha señalado que en las mujeres que soportan la violencia en la pareja se descubren características que en

⁵⁸ CANO VALERO, Julia: «Concepto y causas de las lesiones y secuelas psíquicas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, pp. 12 a 14.

⁵⁹ ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz; SAUCA, Diana, y EMPARANZA, Icíar: *Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico*, en *Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, pp. 133 y 135.

parte se complementan con ciertas carencias del otro⁶⁰. El agresor, por su parte, no quiere romper la relación. Puede menospreciar a su pareja y humillarla, acusarla de ser infiel y de que los hijos no son suyos, pero no quiere separarse⁶¹.

5.2 Razones por las que los hombres recurren a la violencia

La conducta violenta va causando un deterioro psicológico en la mujer que desde el punto de vista conductual se manifiesta en una auténtica sumisión a los deseos y órdenes del agresor⁶². De este modo el agresor siente reforzada su actitud debido a que funciona en cuanto a sus deseos, lo que hace que sea cada vez más inflexible frente a cualquier contradicción que se le exponga. La mujer llega a convertirse para él en una posesión más. Se produce la dependencia porque el agresor ha anulado sus iniciativas y la capacidad para tomar decisiones sin su supervisión. El acto de agresión en sí mismo actúa como refuerzo de la conducta. La mayoría de los hombres que agreden a sus esposas una vez, volverán a repetirlo, porque funciona como medio para obtener sus objetivos. Además el principal problema del agresor es que no tiene en muchas ocasiones conciencia de su inaceptable proceder. Ya por haber vivido en la infancia o juventud violencia en la familia o haberse acostumbrado a ella por sus frustraciones personales⁶³.

Otros autores destacan: A) Una actitud de hostilidad (celos, estereotipos sexuales, legitimación subjetiva de la violencia); B) estado emocional de ira: estímulos generadores de malestar ajenos a la pareja; C) factores precipitantes directos: alcohol y drogas; D) repertorio de conductas pobre: déficits en habilidades de comunicación y de solución de problemas; E) percepción de vulnerabilidad de la víctima: se descarga la ira en persona

⁶⁰ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, (1998) pp. 104 a 106; CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 113; BARDALET VIÑALS, Narcís, *loc. cit.*, pp. 299, 300; HIRIGOYEN, Marie-Françoise: *El acoso moral (El maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Paidós, 2003, pp. 104 y 105.

⁶¹ TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción: «La violencia hacia las mujeres. La perspectiva de la víctima», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo II.

⁶² Se busca el control, dominio y poder sobre la víctima. En general el último objetivo se logra cuando se la obliga a quebrantar sus principios y valores más básicos: ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, *loc. cit.*, p. 41.

⁶³ LORENTE ACOSTA, Miguel, *loc. cit.*, (2000) pp. 132, 138 y 139; EL MISMO: *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, pp. 86 y 118: el agresor pretende «buscar una nueva relación dentro de la propia relación, una posición de poder a la que llegar de la forma más rápida, que no es otra que tomando la autopista de la violencia», pp. 133 y ss.; JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel, *loc. cit.*, pp. 29 a 31; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos: «El fiscal ante el fenómeno de la violencia familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, pp. 312 y 313.

vulnerable y en un entorno en que es más fácil ocultar lo ocurrido; F) los logros obtenidos con la violencia previa. Método sumamente efectivo y rápido de salirse con la suya⁶⁴. Sin embargo la mayor parte de los maltratadores no recurren a la violencia para solucionar sus conflictos con sus vecinos o con otras personas.

5.3 Motivos por los que las mujeres continúan con los agresores

Según un estudio realizado por la Comunidad de Madrid entre 1984 y 1997 con una muestra de 667 mujeres, la media de años que estuvieron soportando malos tratos fue de 7,5 años⁶⁵. Se ha investigado específicamente si las mujeres entran y salen de relaciones de maltrato; los resultados tanto en el extranjero como en España coinciden en que sólo entre un 9 por 100 y un 13 por 100 de mujeres víctimas de malos tratos puede caer dentro de esta categoría⁶⁶.

Razones por las que se aguantan los malos tratos (Larouche 1987):

1. La víctima ve al agresor como un enfermo y asume la responsabilidad de atenderle y ayudarle, pese a lo duro de la situación.
2. Se produce un mecanismo de negación, por el que no parece enterarse de lo que sucede, no apreciando el aumento progresivo de las agresiones.
3. No establece relación entre unos hechos y otros, olvidando los sucesos humillantes y violentos aislados.
4. No reconoce que es una víctima. Se siente, aunque proteste de alguna forma, como responsable de la agresión de forma indirecta o directa.
5. No ven salida. Por un lado les horroriza la posibilidad de verse sin pareja, entrando en juego otras razones de tipo sociológico, familiar y económico.
6. Se sienten pilladas en creencias religiosas y culturales⁶⁷.

Barreras para romper la relación abusiva: 1. dependencia económica;

2. presión religiosa y familiar para mantener la familia unida; 3. Querer

⁶⁴ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, y AMOR, Pedro Javier, *loc. cit.*, pp. 310 y 311.

⁶⁵ ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis: *Prevención y tratamiento de la violencia doméstica*, *loc. cit.*, p. 288. Según ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz; SAUCA, Diana; EMPARANZA, Icíar: «Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico», en *Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003 es de más de 10 años por término medio (pp. 130 y 145).

⁶⁶ VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia, *loc. cit.*, p. 60.

⁶⁷ Citado por GRANADOS PÉREZ, Francisco, *loc. cit.*, pp. 40 y 41; BARDALET VIÑALS, Narcís, *loc. cit.*, p. 302.

tener un padre para sus hijos y un marido para ella; 4. Seguridad: miedo a estar sola y no poder cuidar de los hijos y del hogar sola; 5. Lealtad: él está enfermo; 6. Piedad: él no es mucho peor de lo que yo soy; 7. Miedo a que se suicide: dice que se matará; 8. denegación: esto no es tan malo, o la falta de percepción del maltrato; 9. Amor: cuando no abusa es cariñoso conmigo y con los niños (dependencia emocional); 10. deber: dije que estaría casada hasta que la muerte nos separe; 11. culpabilidad: él dice que los problemas familiares son culpa de ella y ella se lo cree; 12. responsabilidad: sería responsabilidad de la mujer que el matrimonio funcionara emocionalmente y del marido que funcionara económicamente; 13. vergüenza-humillación: no quiere que nadie lo sepa; 14. identidad: necesita un hombre para sentirse completa; 15. optimismo: las cosas irán mejor; 16. baja autoestima: me lo merezco; 17. supervivencia: ha amenazado con perseguirla y matar a los niños (miedo, hay un peligro mayor que el que se está soportando); 18. desesperanza: no hay salida, lo que lleva a la inmovilización; 19. el estado psicológico de la víctima derivado del maltrato; 20. desconfianza hacia la administración de justicia o ante la leve respuesta de los tribunales en experiencias anteriores⁶⁸.

Para que una mujer maltratada se defina como tal es preciso que rechace primero toda una serie de racionalizaciones tendentes a justificar su situación: negación del daño sufrido, apelación a ideales como el mantenimiento de la familia, posibles perjuicios para los hijos derivados de una hipotética separación, fracaso en el desempeño del rol femenino al no haber alcanzado sus metas en cuanto a estabilidad familiar⁶⁹.

Cuando el hombre se convence de que la mujer no piensa tolerar la situación la relación puede cambiar⁷⁰.

La mujer económicamente independiente tiene muchas menos probabilidades de mantener una relación violenta durante largo tiempo⁷¹.

El que la mujer decida abandonar o no la relación depende de: a) severidad y frecuencia del abuso; b) la experiencia de la violencia en la familia de origen; c) edad y grado de autoestima de la víctima; d) número de hijos; e) nivel cultural (Gelles, 1976). Snyder y Scheer (1981) resaltan tres variables: duración de la relación, número de separaciones previas, orientación religiosa. Strube y Barbour (1984) señalan por orden

⁶⁸ SÁNCHEZ AYALA, Manuel, *loc. cit.*, pp. 73 y 74; TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción, *loc. cit.*, pp. 137, 138.

⁶⁹ VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, *loc. cit.*, (1998) p. 96.

⁷⁰ JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel, *loc. cit.*, p. 40.

⁷¹ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: «Violencia doméstica. Factores de vulnerabilidad. Elementos socioculturales y económicos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I, p. 132.

de importancia como factores de mantenimiento: la falta de empleo, la corta duración de la relación, la privación económica, estar enamorada y no tener a donde ir⁷².

Según Miguel Lorente Acosta, el abuso emocional suele seguir una estrategia que ataca tres aspectos básicos: ataque social tratando de romper con la familia, amistades, trabajo; ataque a las conexiones de identidad con el pasado (cortando todos los recuerdos anteriores a la relación), ataque hacia la identidad actual (recriminando tanto en público como en privado su conducta, aficiones, defectos, modo de hacer las cosas, forma de pensar). Se consigue así un auténtico lavado de cerebro (personalidad bonsai, donde todas las iniciativas son taladas). El resultado es una esclava psicológica, semejante al síndrome de Estocolmo. La mujer permanece unida a su agresor por unas «gomas elásticas gigantes». Este autor por personalidad bonsai entiende una personalidad empujueñecida, inhibida en su desarrollo y convertida en algo frágil y delicado, que depende de la persona que la ha llevado a ese estado pudiendo cualquier pequeño brote que supusiera iniciativa de la mujer, por mínima que fuera⁷³.

5.4 Momentos especialmente peligrosos

1. *La primera agresión*: la tolerancia de esta primera agresión conlleva una dinámica de imprevisibles consecuencias, que frecuentemente produce la ausencia de valoración crítica de la reacción violenta y por tanto de su significación por parte del agresor, que de no tener una respuesta inmediata, terminará por legitimar implícitamente su actuación. Así se inicia el ciclo de violencia familiar. Una vez surgido el primer episodio, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor, la probabilidad de nuevos episodios es mucho mayor. Rotas las inhibiciones relacionadas con el respeto a la otra persona, el tabú de no recurrir a la violencia física, la utilización de la violencia como instrumento de control se hace cada vez más frecuente.

⁷² Los tres estudios, citados por ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz; SAUCA, Diana, y EMPARANZA, Icíar: «Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico», en *Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, pp. 130 y 131.

⁷³ LORENTE ACOSTA, Miguel, *loc. cit.*, (2000) pp. 151 a 154 y 166. EL MISMO, en *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, pp. 59, 117. EL MISMO: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, p. 82: «Y como éste, las mujeres perciben también su pequeña dosis de agua y abono por parte del jardinero-cuidador para permitir su supervivencia en ese estado artificial y forzado, pero en su caso en forma de manifestaciones de cariño y afecto por parte del agresor»; sobre la esclava psicológica, p. 118.

Cuando el maltratador integra a los hijos en la estrategia de control y aislamiento, la familia se convierte en un «bosque de bonsais», p. 184.

El sufrimiento de la mujer, lejos de constituirse en un revulsivo de la violencia y en suscitar una empatía afectiva, se constituye en un disparador de la agresión⁷⁴. 2. Un periodo de máximo riesgo para la mujer es el *embarazo*, aproximadamente hasta un 25 por 100 sufre malos tratos⁷⁵. El hombre espera que se establezca cierto compromiso para iniciar el asalto al control de la mujer, por eso aprovecha situaciones en que su control es mayor: embarazo, nacimiento de un hijo, cambio de ciudad, petición de una hipoteca, enfermedad de un hijo, etc. 3. Cuando se produce la *separación* sucede un efecto paradójico. De momento el varón acepta de buen grado su soltería, pero el reencuentro con la soledad y su incapacidad momentánea para asumir otra relación de pareja, puede desembocar en tragedia. El agresor se viene abajo (quien parecía tener una adecuada capacidad para desenvolverse) y la mujer, ante la más mínima ayuda, empieza a desarrollar todas las posibilidades anuladas. La percepción de este hecho por el agresor es especialmente peligrosa, porque se considera hundido por su mujer, mientras que ésta, a la que consideraba incapaz, supera la situación y mejora. Según diversos estudios americanos, la mujer que abandona al marido agresor tiene un 75 por 100 más de probabilidades de morir asesinada que si decide quedarse⁷⁶.

5.5 Fases de la violencia doméstica

Una vez que se da un episodio de violencia doméstica lo más probable es que vuelva a repetirse en un ciclo que comprende tres fases: *a)* fase de tensión creciente: agresividad latente que aumenta progresivamente, donde la irritabilidad del hombre, con cambios repentinos e imprevistos del estado de ánimo, va en aumento sin motivo comprensible para la mujer, aumentando las discusiones por cuestiones intrascendentes y la violencia verbal. Al principio la mujer tiene algo de control de la situación, pero con el

⁷⁴ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, *loc. cit.*, pp. 312 y 313; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y AMOR, Pedro Javier, *loc. cit.*, p. 139. LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío, *loc. cit.*, p. 28, donde destacan lo importante que es darle valor a dichas conductas desde el principio, pues el hombre cree que cuando su pareja depende absolutamente de él se siente con más libertad para agredir pues sabe que será más difícil para la víctima abandonarle.

⁷⁵ JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel, *loc. cit.*, p. 29. LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer, realidades y mitos*, ed. Ares y Mares, 2003, p. 61.

⁷⁶ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, *loc. cit.*, p. 313; JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel, *loc. cit.*, pp. 29 a 31; LORENTE ACOSTA, Miguel, *loc. cit.*, (2000) pp. 138 y 139. Algunos estudios indican que también la diferencia de edad puede desempeñar un papel y así las mujeres que tienen de siete a cinco años menos que sus parejas correrían más riesgo de ser asesinadas que las que sólo son cinco años menores. Estudio citado por Lucrecia PÉRSICO, *loc. cit.*, p. 232.

aumento de la tensión lo pierde rápidamente. El maltratador, ante la aparente aceptación pasiva de la víctima, no intenta controlarse y constata que es una forma eficaz de conseguir sus propósitos. Al final de la fase, ciertas víctimas inician una discusión para intentar controlar dónde y cuándo se va a producir la agresión y minimizar sus efectos⁷⁷. A menudo el ciclo no pasa de esta fase, sin pasar a la violencia física⁷⁸. b) fase de agresión aguda: es más breve que las otras dos, usualmente dura entre 2 y 24 horas. Hay una descarga incontrolada, una ausencia total de control en el maltratador. La mayoría de las mujeres no buscan ayuda después del ataque. La reacción más frecuente es permanecer aisladas durante las primeras 24 horas⁷⁹; c) fase de amabilidad y afecto, fase de luna de miel o mejor de manipulación afectiva: pide perdón, llora, promete cambiar, ser amable y buen marido, asegurando que no volverá a suceder. El maltratador realmente cree que no volverá a hacer daño a su esposa, que será capaz de controlarse y que ella ya ha aprendido la lección, por lo que no volverá a comportarse de modo incorrecto y no tendrá que volver a maltratarla⁸⁰. El agresor decide cuando empieza y acaba. Siente que ella tiene el poder; fase de escalada y reanudación del ciclo: perdonado por la compañera, empieza de nuevo la irritabilidad. Cuando ella intenta ejercer su recién ganado poder, él se siente de nuevo perdiendo el control sobre ella. Esta fase suele ser más larga que la segunda y más corta que la primera. Se inicia nuevo ciclo⁸¹. Cada vez las fases son más cortas y los episodios de maltrato cada vez más peligrosos. La fase de luna de miel tiene un efecto especialmente seductivo; La

⁷⁷ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, p. 30.

⁷⁸ MEDINA, Javier: «Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar», en *Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA) Pirámide, 2003, p. 154. El autor lo define como «guerra de desgaste» con altibajos. Cree que el ciclo se caracteriza por que cuantas más veces se completa menos tiempo precisa para completarse, por que la intensidad y severidad de la violencia aumenta con el tiempo y por que la fase de luna de miel cada vez es más corta y puede incluso desaparecer.

⁷⁹ LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal*, loc. cit., p. 58: Puede permanecer horas totalmente inmóvil, en ocasiones encogida en posición fetal y en el mismo lugar donde el marido terminó de golpearla. Después de la agresión es el silencio que aparece de repente lo que más intimida a muchas mujeres maltratadas. LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, p. 19. La mujer queda completamente desorientada pues no puede saber cuándo, cómo y por qué sufrirá el nuevo ataque, lo que contribuye al deterioro psicológico, p. 50.

⁸⁰ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, p. 31. Estos autores destacan que no todas las fases del ciclo se dan siempre y que incluso la fase de arrepentimiento acaba por desaparecer, y que la respuesta de sumisión e indefensión en la mujer refuerza el carácter violento del hombre, pp. 29 y 31.

⁸¹ LORENTE ACOSTA, Miguel: *Síndrome de agresión a la mujer*, loc. cit., pp. 149 y 150; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, loc. cit., pp. 312 y 313.

violencia repetida e intermitente, entremezclada con periodos de arrepentimiento y ternura suscita una ansiedad extrema y unas respuestas de alerta y sobresaltos permanentes (Echeburúa *et al.*)⁸². La mujer suele reaccionar en tres fases: a) oposición a la violencia, con denuncias; b) negociación, para manejar la agresividad del hombre; c) huida para escapar de la relación, a veces con agresión al maltratador o con suicidio⁸³. Miguel Lorente Acosta⁸⁴ señala que el arrepentimiento del agresor actúa de refuerzo positivo para el mantenimiento de la relación. En esta fase aparece el chantaje emocional para continuar la interacción, con conductas variadas⁸⁵: responsabilizar a la víctima de sus dolencias físicas; provocar ingresos hospitalarios; amenazar con suicidarse si la mujer lo abandona; autolesionarse; iniciar un tratamiento de deshabitación si la excusa es el alcohol o las drogas para luego abandonarlo; culpabilizar a la víctima de la posible ruptura familiar; movilizar a amigos y familiares para convencer a la mujer de que no le abandone; buscar la alianza con los hijos apareciendo como un padre ejemplar; buscar la intervención de cualquier institución que tenga un cierto ascendente sobre la mujer. Así se logra una «nueva oportunidad». En la mayoría de los casos la mujer maltratada no percibe este ciclo y reacciona ante el amor y la violencia como acontecimientos que ocurren al azar⁸⁶. Incluso la mayor parte de las veces ni la víctima ni el maltratador son conscientes de estar inmersos en una relación violenta⁸⁷.

5.6 Modelos psicológicos explicativos

Teoría del ciclo de violencia (Leonor Walker 1979), ya explicada anteriormente, pero de la que hay que resaltar: a) tensión controlada: la fase

⁸² ECHEBURÚA, Enrique; ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén, y DE CORRAL, Paz: «Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar», en *Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA) Pirámide, 2003, p. 111. Hay que tener en cuenta que la víctima es una persona con enormes carencias afectivas, por lo que estas palabras las vive como un premio a sus esfuerzos, a su paciencia, por lo que son para ella conmovedoras, como dice Lucrecia PÉRSICO, *loc. cit.*, p. 282. LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, p. 115.

⁸³ Citado por VALCARCE LÓPEZ, Marta, *loc. cit.*, p. 37 y CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, p. 111. LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, pp. 56, 59, 60, 118, 119.

⁸⁴ Citado por TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción, *loc. cit.*, p. 136.

⁸⁵ TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción, *loc. cit.*, p. 136.

⁸⁶ ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; ECHEBURÚA, Enrique; DE CORRAL, Paz; SAUCA, Diana, y EMPARANZA, Icíar: «Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico», en *Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA), Pirámide, 2003, p. 132. Resaltan que la mujer cree que potenciando con su conducta los aspectos positivos de su cónyuge acabará con la situación, lo que le lleva en muchos casos a adquirir la responsabilidad por la violencia, y cuando fracasan las expectativas aparecen la culpa y la baja autoestima (p. 133).

⁸⁷ En este sentido, Lucrecia PÉRSICO, *loc. cit.*, p. 248.

más larga; b) pérdida del control. Se ha comprobado que la primera pérdida de control se produce cuando hay una mayor vulnerabilidad de la víctima (puerperio, embarazo), siendo también característico que tenga lugar la propia noche de bodas; c) remisión-arrepentimiento. El ciclo de la violencia se da en procesos cada vez más cortos, con incremento de la misma.

Teoría de la indefensión aprendida (Seligman 1975). La mujer que está inmersa en un ciclo de violencia trata de que su comportamiento no excite la ira de su pareja; pero sus actos no tienen relación ninguna con el desencadenamiento de la agresión; es sólo cuestión de tiempo que se instale en ella la certeza de que son inútiles sus esfuerzos para evitar la violencia del marido. Esto produce pasividad y apatía. Seligman dice que la indefensión es el estado psicológico que se produce cuando los acontecimientos son incontrolables, lo que sucede cuando no podemos hacer nada para cambiarlos, cuando hagamos lo que hagamos siempre ocurrirá lo mismo. Una persona está indefensa frente a un determinado resultado cuando éste ocurre independientemente de todas sus respuestas voluntarias. Lo que se aprende cuando el entorno es incontrolable tiene profundas consecuencias para el repertorio total del comportamiento. La indefensión retrasa la iniciación de respuestas agresivas y defensivas, afecta a la capacidad de aprender y produce perturbaciones emocionales⁸⁸.

Teoría del síndrome de acomodación al abuso (Barudy, 1998, Sepúlveda, 1998, Perrone, 1998). El acostumbamiento hace que se vea la relación como normal.

⁸⁸ SELIGMAN, Martin E. P.: *Indefensión*, Editorial Debate (1981), pp. 27, 37, 40, 55, 57, 62 y ss., 66 y ss. El inicio de la teoría surgió de ensayos con perros a los que se colocaba en una caja de vaivén, una cámara de dos compartimentos, en la que cuando el perro salta una barrera, pasando así de un lado a otro de la caja, hace terminar la descarga eléctrica a la que era sometido durante el ensayo (6 miliamperios durante 5 segundos). Un perro en pocos ensayos aprende a evitar la descarga. Junto a estos perros que con su conducta podían evitar la descarga se utilizó un segundo grupo que recibió descargas inescapables, de modo que no podían evitarlas con su comportamiento. Mostraron un patrón de comportamiento notablemente diferente: corrían desenfrenadamente durante 30 segundos, luego se quedaban quietos, se tumbaban y comenzaban a gemir suavemente. Al siguiente ensayo hacían lo mismo. No habían cruzado la barrera. Esto ocurrió con 100 de 150 perros con descargas inescapables. Su equilibrio emocional quedó perturbado. (pp. 41 a 46). Según Seligman las conclusiones se pueden aplicar al ser humano, pues se han hecho ensayos con estudiantes universitarios: «los sujetos de su grupo de escape recibieron un ruido intenso que debían aprender a interrumpir apretando un botón; el grupo acoplado recibió el mismo ruido, pero independientemente de cualquier respuesta; un tercer grupo no recibió ruido alguno. Luego, los sujetos fueron colocados frente a una caja de vaivén manual; para escapar del ruido, el sujeto tenía simplemente que mover la mano de un lado a otro. Tanto el grupo sin ruido como el grupo de escape aprendieron fácilmente a pasar la mano de un lado a otro. Sin embargo, igual que en otras especies, el grupo humano acoplado no escapó ni evitó; la mayor parte de sus miembros se quedaron sentados pasivamente y aguantaron el ruido aversivo» (pp. 52 y 53).

Teoría de los costes y beneficios (Thibaut y Kelley, 1959). El abandono de la situación de maltrato está en función de que el beneficio de esa relación sea mayor que el coste de permanecer esa situación.

Teoría de la lucha por el poder dentro de la pareja: en principio debería haber una igualdad dentro de la pareja, pero hay un periodo de acomodación en el que cada uno se ocupará de ejercer el control sobre determinadas áreas. La búsqueda de equilibrio de poder en la relación y la lucha por el poder son factores de riesgo de aparición de la violencia doméstica⁸⁹.

Teoría de la unión traumática o del Síndrome de Estocolmo: la víctima se encuentra indefensa, necesita protección y ayuda, pero la única persona que pueda dársela es la misma que la maltrata, por lo que si muestra algún signo de amabilidad, ella rechazará el terror y se unirá al lado positivo de su agresor. Este síndrome tiene cuatro fases: *a)* fase desencadenante. Los primeros maltratos quebrantan el espacio de seguridad que se forjó. Aparece la inseguridad y el estrés; *b)* fase de reorientación: la mujer tiene que reordenar sus esquemas cognitivos. Aparecen la autoinculpación y la indefensión; *c)* fase de afrontamiento: busca vías de protección de su integridad psicológica tras aceptar el modelo mental del agresor; *d)* fase de adaptación: la mujer ha proyectado al exterior parte de la culpa y comparte el modelo explicativo del esposo acerca de la situación y las causas que la originaron. Los efectos son que defenderá al agresor como si la conducta fuera debida exclusivamente a una sociedad injusta, porque el maltratador es a su vez víctima de un entorno social que le empuja a ser violento⁹⁰.

Modelo de los mecanismos psicológicos (Echeburúa y Fernández Montalvo 1998). En la conducta violenta intervienen los siguientes componentes: *a)* actitud de hostilidad (evaluación negativa de la conducta de la pareja que genera un impulso a hacer daño); *b)* estado emocional de ira (recuerdos de situaciones negativas vividas con la pareja o estímulos ajenos que provocan malestar); *c)* repertorio pobre de conductas y trastorno de la personalidad (déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas, agravado si hay alteraciones de la personalidad); *d)* factores

⁸⁹ PÉRSICO, Lucrecia, *loc. cit.*, pp. 233 y 234.

⁹⁰ SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles: «Psicopatología de las víctimas de malos tratos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000 tomo II, pp. 387 a 392; ROBLEDÓ VILLAR, Antonio, *loc. cit.*, pp. 211 y 212. PÉRSICO, Lucrecia, *loc. cit.*, pp. 284 a 287. La adaptación del síndrome de Estocolmo a la violencia doméstica con las características citadas se llama «síndrome de adaptación paradójica» por el psicólogo Andrés Moreno Gómez y tiene las cuatro fases citadas y una final denominada dependencia afectiva; Ver LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal (Agresión a la mujer: realidades y mitos)*, 2003, Ed. Crítica, pp. 98 y 99: la mujer comienza a ver el mundo con los ojos del agresor, por lo que empieza a reinterpretarlo con sus valores, prioridades y actitudes. Sobre la unión traumática, p. 117.

precipitantes (alcohol, drogas); *e*) percepción de la vulnerabilidad de la víctima (la ira se descarga sobre el más vulnerable); *f*) reforzamiento de las conductas violentas previas, si han servido para lograr la sumisión⁹¹.

5.7 Indicadores de maltrato

Tolosa Mínguez cita los utilizados en la macroencuesta del Instituto de la Mujer de 1999, que fueron: 1. Le impide ver a su familia o tener relaciones con amigos y vecinos; 2. Le quita el dinero que gana o no le da lo suficiente que necesita para mantenerse; 3. Hace oídos sordos a lo que usted le dice, no tiene en cuenta su opinión ni escucha sus peticiones; 4. Le insulta o amenaza; 5. No la deja trabajar o estudiar; 6. Decide las cosas que usted puede hacer; 7. Insiste en tener relaciones sexuales aunque usted no tenga ganas; 8. No tiene en cuenta sus necesidades; 9. En ciertas ocasiones le produce miedo; 10. No respeta sus objetos personales; 11. Le dice que coquetea continuamente o por el contrario que no se cuida del aspecto; 12. Cuando se enfada llega a empujar o golpear; 13. Se enfada sin que se sepa la razón; 14. Le dice que adonde va a ir sin él, que no es capaz de hacer nada por sí sola; 15. Le dice que todas las cosas que hace están mal; 16. Cuando se enfada la toma con las cosas o los animales que usted aprecia; 17. Le hace sentirse culpable porque no le atiende como es debido; 18. Se enfada si las cosas no están hechas (comida, ropa); 19. Le controla los horarios; 20. Le dice que no debería estar en esta casa y que busque la suya; 21. Le reprocha que viva de su dinero; 22. Ironiza, no valora sus creencias (religiosas, políticas, pertenecer a alguna asociación); 23. No valora el trabajo que realiza; 24. Le hace sentirse responsable de las tareas del hogar; 25. Delante de los hijos dice cosas para no dejarle a usted en buen lugar; 26. Desprecia y da voces a los hijos⁹². Por su parte, Labrador, Rincón, de Luis y Fernández-Velasco (2004) proponen las siguientes distintas formas de maltrato psicológico: 1. abuso económico: *a*) Hacer preguntas constantes sobre el dinero; *b*) Controlar el dinero del otro; *c*) Coger el sueldo del otro; *d*) No permitir el acceso al dinero familiar; *e*) Impedir que consiga o conserve un trabajo. 2. aislamiento: *a*) Controlar lo que hace el otro, a quién mira y habla, qué lee, dónde va, etc.;

⁹¹ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar; y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, pp. 56 a 58.

⁹² TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción: La violencia hacia las mujeres. «La perspectiva de la víctima», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo II, pp. 131, 132.

b) Limitar los compromisos del otro fuera de casa o de la relación de pareja; c) Usar los celos para justificar las acciones. 3. intimidación: a) Infundir miedo usando miradas, acciones o gestos; b) Romper cosas; c) Destruir la propiedad del otro; d) Mostrar armas. 4. negación, minimización, culpabilización: a) Afirmar que el abuso no está ocurriendo; b) Reconocer el abuso y no preocuparse por la seriedad del mismo; c) Responsabilizar al otro de lo ocurrido; 5. uso de amenazas: a) Hacer amenazas de infligir lesiones o daño físico; b) Amenazar con la realización de un acto suicida; c) Amenazar con abandonar o tener una aventura con otra persona; d) Amenazar con echar al otro de casa. 6. uso de los niños: a) Amenazar con quitar la custodia de los niños en caso de denuncia; b) Amenazar con maltratar a los niños en caso de denuncia; c) Usar a los niños para enviar mensajes; d) Usar las visitas (en separación o divorcio) para hostigar al otro; e) Tratar de llevarse a los niños cuando no está pactado⁹³. Como indicadores de la peligrosidad del maltratador los mismos autores recopilan los siguientes: posesión o accesibilidad a armas; uso de armas en episodios anteriores; amenazas con ellas; heridas graves en episodios anteriores; amenazas de suicidio; abuso de drogas o alcohol; sexo forzado; comportamiento obsesivo, celos patológicos, extrema dominancia; aislamiento del agresor y su grado de dependencia de la mujer; escalada en la violencia y aislamiento creciente de la mujer; separación, distanciamiento, divorcio; intervención institucional anterior; emisión de órdenes de protección; depresión de parte del maltratador; historia criminal previa de comportamiento violento; historia previa de violencia doméstica en las respectivas familias; daños a mascotas de la familia; historia previa de «secuestro» de la víctima; accesibilidad a la víctima, conocimiento de sus movimientos o forma de vida⁹⁴. Como indicadores del maltratador el Centro de Soporte Técnico de Violencia Familiar de Estados Unidos propone el siguiente cuestionario: 1. ¿Proviene de una familia violenta?; 2. ¿Tiende a usar la fuer-

⁹³ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar; FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004, p. 27.

⁹⁴ LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar, y FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío, *loc. cit.*, pp. 101 a 103; LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, pp. 163 y 164, donde también señala el tiempo que se ha mantenido la relación, la duración de la violencia en ella, el tipo, forma y frecuencia de la violencia, la presencia de elementos de apoyo en víctima y agresor, la existencia de elementos externos que sean interpretados como factores de distorsión de la relación, la forma de producirse la separación, la presencia de violencia manifiesta en los momentos previos a la misma, la situación tras la ruptura (quién se queda con la casa, con los niños, cuantía de la pensión). Son especialmente indicativas las referencias a la indiferencia de ir a la cárcel o al suicidio (p. 242).

za o la violencia para resolver sus problemas?; 3. ¿Se exaspera fácilmente?; 4. ¿Destruye objetos cuando se enfada?; 5. ¿Da muestras de crueldad con los animales?; 6. ¿Abusa del alcohol o las drogas?; 7. ¿Tiene un pobre concepto de sí mismo?; 8. ¿Tiene ideas tradicionales sobre la superioridad masculina o sobre los papeles del hombre y la mujer?; 9. ¿Es celoso o controla sus movimientos, exige saber con quién está en cada momento o dónde se encuentra?; 10. ¿Acostumbra a jugar con armas o cuchillos?; 11. ¿Se enfada cuando no se siguen sus consejos?; 12. ¿Pasa frecuentemente de la euforia a la ira o depresión?; 13. ¿Teme usted sus enfados?; 14. ¿Pasa gran parte de su tiempo evitando que su pareja se enfade?; 15. ¿Suele hacer siempre lo que él quiere en lugar de que usted desee?; 16. ¿Se siente amenazada o intuye que está en peligro?⁹⁵

6. ASPECTOS POLÍTICOS DEL MALTRATO

George P. Fletcher resume la situación en Estados Unidos del siguiente modo: Las mujeres han luchado con eficacia en los pasillos del poder. En los años noventa la campaña se desplazó de las mujeres como víctimas de violación a las mujeres como víctimas de la violencia doméstica⁹⁶.

Tras contar el caso de Judy Norman, agredida por su marido durante veinte años hasta el extremo de hacerle comer la comida del perro, y que fue condenada por un jurado tras matarlo mientras dormía, se centra en los procesos penales con Jurado en los que mujeres maltratadas son juzgadas por matar a sus maridos. En el caso Norman, relata cómo el Jurado había oído el testimonio de un experto sobre el síndrome de la mujer maltratada. Judy Norman era el paradigma de la mujer maltratada. Nada de esto movió al Jurado a votar la absolución por simpatía hacia ella⁹⁷. Sin embargo, según el autor, la literatura profesional en esta área está motivada fundamentalmente por solidaridad política hacia las mujeres maltratadas. En muchos tribunales de Estados Unidos la mayor batalla de los 80 fue ganar el acceso a los tribunales de psicólogos que defendían en su pericia una eximente basada en la condición psicológica diagnosticada como «indefensión aprendida»⁹⁸. Fletcher continúa afirmando que una psicóloga innovadora y emprendedora,

⁹⁵ Citado por Lucrecia PÉRSICO, *loc. cit.*, pp. 270 a 273.

⁹⁶ George P. FLETCHER: *Las víctimas ante el jurado*. Traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanc, 1997, p. 184.

⁹⁷ George P. FLETCHER, *loc. cit.*, p. 188.

⁹⁸ George P. FLETCHER, *loc. cit.*, pp. 188, 189.

Leonore Walker, casi sólo por sí misma, generó el nuevo estilo de considerar a las mujeres homicidas como víctimas escapando del abuso. Su libro de 1979, *La Mujer Maltratada*, y sus infatigables apariciones en juicios cambió el discurso de la ley americana. La contribución clave fue el lema «indefensión aprendida», que explicaba por qué las mujeres que reciben palizas adoptan conductas de sumisión y no abandonan el escenario de peligro⁹⁹.

Pero esta teoría ha recibido críticas de David Faigman, que cuestionó las bases científicas de la indefensión aprendida. Walker basaba su argumentación científica en una analogía entre perros y seres humanos. Los perros de laboratorio, tras ser sometidos a repetidas sacudidas eléctricas sobre las que ellos no tenían control, aprendían que estaban indefensos, y cuando podían escapar no lo hacían. Para Faigman los experimentos con perros no deberían tener repercusión legal. Leonore Walker también basa sus conclusiones en entrevistas con mujeres maltratadas, pero lo informal de su metodología (Faigman denuncia cinco grandes defectos) le hace preguntarse por su neutralidad científica. Anne Coughlin señala, según Fletcher, que a diferencia de los perros, las mujeres son producto de la cultura, y piensan que podría haber alguna manera de resolver el problema con sus maridos y hacer que la relación funcione. El punto de los escritos de Coughlin es agudizar nuestra percepción de la responsabilidad de las mujeres por sus propias elecciones. Si las mujeres pueden ser hechas responsables por sus crímenes, también pueden ser hechas responsables por no abandonar a sus compañeros abusivos. Fletcher mantiene que la gente autónoma carga con la responsabilidad de sus acciones. No obstante, Miguel Lorente Acosta considera que la violencia psíquica ocasiona que la mujer se encuentre en una situación de apatía que le impide afrontar el problema y tomar decisiones válidas para salir de ese ambiente, y hemos visto que existe una intrincada codependencia entre el agresor y la víctima¹⁰⁰. Lucrecia Pérsico cree que el feminismo ha logrado que haya un gran silencio sobre los malos tratos sufridos por el varón, pues, aunque una gran parte de las agresiones físicas son cometidas por hombres, la violencia no tiene sexo y las mujeres son capaces de golpear a sus parejas y de usar contra ellas la violencia psicológica hasta llevarlos a la depresión o el suicidio. Mantiene que la violencia doméstica es un fenómeno complejo y que reducirlo a uno sólo de sus aspectos, el machismo, es simplificar erróneamente las cosas, lo

⁹⁹ George P. FLETCHER, *loc. cit.*, p. 192. Sobre la indefensión aprendida, ver nota 88, donde se habla de los experimentos realizados con seres humanos, no mencionados por Fletcher.

¹⁰⁰ George P. FLETCHER, *loc. cit.* pp. 192 a 194. Sobre los experimentos de Seligman con perros, SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, *loc. cit.*, p. 390. LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal*, *loc. cit.*, p. 116.

que ha llevado a que la violencia doméstica se entienda por muchos como violencia contra la mujer, siendo necesario cambiar esa idea errónea que deja en indefensión al varón¹⁰¹. Lorente Acosta mantiene una explicación muy diferente¹⁰². Este es un debate importante y está detrás de los programas legislativos de los partidos políticos, debido a la evidente gravedad del problema. Pero también están captando los políticos que proporciona dividendos en un buen sector del electorado¹⁰³. Hay que evitar que las actitudes reales hacia la víctima del delito en el Estado social de Derecho, como indica García-Pablos de Molina, oscilen entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación¹⁰⁴.

7. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DEL MALTRATO

Gisbert Calabuig cita el estudio realizado por Castellano Arroyo y col. en Zaragoza en 1996. El perfil sociofamiliar de la mujer maltratada sería: edad media entre 35 y 45 años; en un 12 por 100 de los casos convive y depende económicamente del agresor; refiere su situación familiar como buena en el 59 por 100 de los casos, como conflictiva en el 26 por 100 y muy buena en un 14,7 por 100; estudios primarios o medios en el 88 por 100; trabajan fuera de casa en un 68 por 100 y realizan sus labores sin ayuda en el 66 por 100; han tenido alta incidencia de castigo infantil (85,3 por 100) y de abuso sexual (42,4 por 100)¹⁰⁵. El agresor es en más de la mitad de los casos, un hombre de 30 a 40 años, trabajador no cualificado o parado. La mujer denunciante suele considerar el alcoholismo la causa desencadenante de la agresión en el 45 por 100 de los casos¹⁰⁶. Para Oliver/Valls los estudios indican que las jóvenes son objeto de más ataques que las mujeres

¹⁰¹ PÉRSICO, Lucrecia: *Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003, pp. 8, 17, 24, 69. Más ampliamente en pp. 214 a 220. Considera que hay mujeres que buscan el control emocional de su pareja a través de la manipulación, quienes saben hasta dónde es capaz de llegar su compañero si le provocan lo suficiente (lo que en ningún caso justifica la violencia de éstos, pero sirve para hacer el hecho más comprensible). El beneficio que se obtendría es el sentimiento de culpa de la otra parte o una separación en mejores condiciones. Afirma que estas mujeres con otros hombres hubieran llegado a las mismas situaciones porque son ellas las que generan la violencia. Esta explicación de algunos casos no es aceptada por los movimientos feministas, lo que provoca, para la autora citada, que una gran parte de la verdad aún permanece oculta.

¹⁰² Ver nota 50, donde se expone la concepción de LORENTE ACOSTA.

¹⁰³ En este sentido FLETCHER, *loc. cit.*, pp. 194, 195.

¹⁰⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanc, 1994, p. 38.

¹⁰⁵ Citado por BEDATE GUTIÉRREZ, Andrés, *loc. cit.*, p. 132.

¹⁰⁶ ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis, *loc. cit.*, p. 294, citando informe de 30 de diciembre de 1997 del Instituto de la Mujer.

de más edad, que en las parejas de hecho las mujeres sufren episodios de violencia doméstica con mucha mayor frecuencia que en el matrimonio, y que está muy presente en las relaciones entre chicos y chicas jóvenes, lo que indica que se están socializando o presenciando relaciones afectivas en las que la violencia es ingrediente habitual¹⁰⁷.

7.1 Factores sociológicos predispositivos

1. *Procedencia de un hogar violento.* Las mujeres maltratadas por sus compañeros frecuentemente también lo fueron por sus padres. Es difícil observar a una mujer que haya vivido en un ambiente familiar afectuoso y cálido y que tolere ser maltratada. Generalmente el maltratador procede de hogares violentos, en los que fueron testigos del maltrato de la madre o víctimas ellos mismos de maltratos cuando eran niños¹⁰⁸. También aproximadamente la mitad de las mujeres maltratadas se criaron en hogares violentos y presentan como rasgo conductual preferente la dependencia¹⁰⁹.

2. *El proceso de socialización y aprendizaje.* La familia es un entorno alrededor del que nacen las relaciones interaccionales de los sujetos. Es la escuela de aprendizaje de las normas básicas de comportamiento. Así, en el problema de los malos tratos familiares late un problema educacional. Las personas aprenden de niños a relacionarse viendo cómo se relacionan los

¹⁰⁷ OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, pp. 55, 56, 58. Y es que estas autoras dan mucha importancia a que nos seguimos socializando en relaciones afectivo-sexuales que pueden conducir a la agresión, justificando la violencia en nombre del amor, buscando a las relaciones un «sentido intenso» mal entendido: pp. 107 y 112. Hay que deshacer el equívoco de que amor equivale a control y aspirar a relaciones apasionadas que no tengan violencia (pp. 114 y 117). Algunos estudios indican que el 30-40 por 100 de las mujeres reconocen provocar celos en sus parejas como forma de afianzar la relación, pues creen que si el amor está desapareciendo hay que recurrir a estrategias para revitalizar los sentimientos, citado por LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, p. 96.

¹⁰⁸ LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, advierte que la simple exposición a la violencia ejerce un efecto negativo sobre los hijos menores, por lo que recomienda que se prive al maltratador, al menos temporalmente, del ejercicio de la patria potestad por incumplimiento de los deberes que conlleva. Los estudios indican que en el 90 por 100 de los casos durante las agresiones los hijos se hallan en la misma habitación que la madre o en la inmediatamente contigua. Las alteraciones psicológicas afectarían al 75 por 100 de los menores expuestos al maltrato. Por otro lado, cuanto menor es la edad del menor mayor es la vulnerabilidad y más graves las consecuencias; los niños suelen reaccionar con mayor agresividad y las niñas con mayor angustia. Pero tanto unos como otras tenderán a normalizar la violencia en las relaciones de pareja (pp. 173, 178, 183 a 189, 194).

¹⁰⁹ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, (2000) *loc. cit.*, pp. 133 a 135; JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel, *loc. cit.*, pp. 29 a 31; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, y ORTOLÁ BOTELLA, M.^a Ester, *Criminología*, parte especial, Tirant lo Blanc, 1999, p. 122.

adultos. Los niños aprenden a resolver conflictos observando cómo los mayores los resuelven. Aprenden a querer, a tolerar y a comprender si se sienten queridos, comprendidos y tolerados¹¹⁰. El haber estado expuestos de niños al abuso hace más probable el recurso de adulto a comportamientos violentos. Agresores cuya infancia se desarrolló en ambientes de violencia, en ausencia de cuidados maternos, desarrollaron defensas agresivas. Y también la víctima ha podido aprender a representar su rol en su familia: modelos maternos de sufrimiento hacen que se repitan pautas de comportamiento (ciclo repetitivo del abuso)¹¹¹. De todos modos Medina entiende que un número significativo de maltratadores crecen en un ambiente sobreprotector y permisivo en el que la madre adoptaba un papel de sumisión frente al marido y frente al hijo, lo que podría explicar la incapacidad posterior para enfrentar situaciones conflictivas y una baja tolerancia a la frustración¹¹². Otros autores piensan en que en unas relaciones afectivas violentas es el primer aprendizaje amoroso el que incide más en las siguientes relaciones¹¹³.

3. *El contexto social patriarcal*. En nuestra cultura, desde hace siglos, se ha asignado a los padres una autoridad incuestionable sobre sus hijos; y al hombre la misma autoridad y poder sobre la mujer. Actualmente las mujeres van estableciendo una relación de igualdad con su compañero (se han incorporado al trabajo lo que les proporciona independencia). Una for-

¹¹⁰ ROJAS MARCOS considera que la violencia humana no es instintiva, sino que se aprende, y que haber sido objeto o testigo de violencias reiteradas durante la niñez por los progenitores predispone a la violencia; ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, loc. cit., pp. 19, 32, 116, 242.

¹¹¹ CANO VALERO, Julia, loc. cit., pp. 12 a 14; GUILLÉN SORIA, José Miguel, loc. cit., p. 114; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco (2000), loc. cit., p. 140. ECHEBURÚA, Enrique; ZUBIZARRETA, Irene; SARASÚA, Belén; DE CORRAL, Paz, *Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar, en Personalidades violentas*, (director Enrique ECHEBURÚA) Pirámide, 2003, p. 13: *La observación reiterada del maltrato tiende a perpetuarlo en la siguiente generación*. «Los niños aprenden que la violencia es un recurso eficaz y aceptable para hacer frente a las frustraciones del hogar. Las niñas aprenden, a su vez, que ellas deben aceptarla y vivir con ella». De todos modos, hay muchos testigos de violencia que rechazan este modelo después en sus relaciones personales, lo que se explica desde la «teoría del apego» (el comportamiento que tenga un individuo en sus relaciones se basará en el modelo del que haya sido su primer vínculo). Sobre esto Lucrecia PÉRSICO, loc. cit., pp. 259 y ss., GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Principios de Criminología*, 1999, Tirant lo Blanc, pp. 228 y ss., donde se exponen las teorías criminológicas de los vínculos sociales, uno de cuyos elementos es el apego, que se explica como el conjunto de lazos emocionales que se establecen con otras personas y que se traducen en afecto, admiración e identificación con ellas. Si no existe apego al maltratador es muy probable que no se imite su conducta.

¹¹² MEDINA, Javier, *Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar, en Personalidades violentas* (director Enrique ECHEBURÚA) Pirámide, 2003, p. 156.

¹¹³ OLIVER, Esther y VALLS, Rosa, *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, p. 61.

mación eminentemente machista recibida durante siglos e incluso en la actualidad hace que la mujer aparezca configurada en muchas mentalidades como un ser inferior al hombre que necesita de su constante protección, llegando a convertirse en objeto propiedad de éste. La violencia contra las mujeres ocurre en un contexto social patriarcal donde el control y el sometimiento de la mujer han sido tradicionalmente tolerados, donde se llega a pensar que se puede emplear la coacción y el miedo para tener una esposa sumisa y silenciosa. Muchos de los valores de la mística masculina, como pueden ser la dureza, el afán de dominio, la represión de la empatía, la competitividad extrema, juegan un papel importante en la violencia criminal y doméstica¹¹⁴. Por ello la variable principal es la situación estructural de desigualdad real en la que se puede encontrar la mujer¹¹⁵.

4. *El estrés psicosocial* generado por la marginalidad social, el paro, la miseria, la falta de vivienda o la superpoblación en viviendas inadecuadas, pero sobre todo la pobreza cultural, que limita el recurso a la verbalización en la resolución de conflictos. La dinámica familiar cuando trae consigo la incapacidad para establecer relaciones de pareja que satisfagan las demandas emocionales de ambos, puede establecer y mantener relaciones de violencia. Los vínculos familiares normalmente están cargados de emociones fuertes, a menudo mezclando el amor y el odio¹¹⁶.

¹¹⁴ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco (2000), *loc. cit.*, pp. 133 a 135 y 138; GUILLÉN SORIA, José Miguel, *loc. cit.*, pp. 106 y 107; CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *loc. cit.*, pp. 114 y 115. Parece que en la socialización de las chicas en el amor se transmite que es su responsabilidad que la relación funcione, mientras que los chicos se socializan en la autonomía, en la aventura. Esto va unido a que el 30 por 100 de las estudiantes norteamericanas interpreten la violencia como señal de amor o que es aceptable bajo ciertas condiciones y a que se sientan atraídas por hombres problemáticos que necesitan ayuda: OLIVER, Esther y VALLS, Rosa, *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, pp. 61 y 62. Para Rojas Marcos la idea de que los hombres son, por naturaleza, más violentos que las mujeres, no es correcta y cree que el culto al poder que engendra la glorificación de los privilegios del patriarcado es el motivo cultural fundamental de la mayor tasa de violencia entre los hombres; ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, *loc. cit.*, pp. 122, 124, 125.

¹¹⁵ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, *Violencia doméstica. Consideraciones generales, en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II, p. 217. La sociedad patriarcal atribuye al hombre el poder, la autoridad, el control, la fuerza, la superioridad, y a la mujer la sensibilidad, la dulzura, obediencia, sometimiento y dependencia, LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005, p. 24. La educación recibida hace que la mujer base la relación en el concepto de hombre como príncipe azul por llegar, y que el reconocimiento del éxito sea retener al hombre que ha elegido, lo que es peligroso para la interiorización de los papeles de sumisión, p. 35.

¹¹⁶ CANO VALERO, Julia, *loc. cit.*, pp. 12 a 14; GIDDENS, Anthony, *Sociology, loc. cit.*, p. 417. OLIVER, Esther y VALLS, Rosa, *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, creen que el tener o no empleo uno de los dos miembros de la pareja no incide en la violencia. Sí influiría el estrés que produce el trabajo, el trasladar la tensión laboral al hogar, pero no el que la mujer gane más dinero que el hombre, p. 67.

5. Un elevado grado de violencia dentro de la familia está de hecho tolerado, e incluso aprobado. Murray Straus ha dicho que la paternidad suministra «licencia para pegar» y que «la licencia de matrimonio es una licencia para pegar». En el trabajo y en otros lugares públicos, es una regla general que nadie puede golpear a otro, por muy ofensivo o irritante que pueda ser. Este no es el caso en la familia ¹¹⁷. En este sentido, en una encuesta realizada en 1997 en la ciudad de Córdoba por un organismo dependiente de la Junta de Andalucía sobre una muestra de 2.500 mujeres de 25 a 35 años para un 25 por 100 de esas mujeres una bofetada dada por el marido no era violencia doméstica ¹¹⁸.

7.2 Causas de la ocultación y justificación del fenómeno

Como causas de la ocultación se suelen señalar el íntimo círculo de la privacidad familiar ofrece un marco de impunidad al agresor; falta de conciencia social; ignorancia, temor o pudor de las víctimas; complejo de culpabilidad de muchas mujeres; dependencia económica ¹¹⁹.

Manuel Sánchez Ayala afirma que se trata de justificar acudiendo a:

1. La complacencia de la víctima en verse maltratada y humillada;
2. La permisividad de la víctima (que continúa con el agresor);
3. La provocación de la mujer;
4. La capacidad de inventiva y tendencia a mentir de la mujer;
5. La alteración de las facultades físicas y psíquicas del agresor por la ingesta de alcohol o drogas (entre el 50 y el 80 por 100 de los casos);
6. La confrontación final buscada: quieren un bofetón.
7. Infrecuencia (a pesar de que la violencia ocurre en aproximadamente la mitad de las parejas con relaciones íntimas) ¹²⁰.

7.3 Modelos sociológicos sobre violencia doméstica

1. *Teoría del aprendizaje social* la violencia como respuesta ante situaciones de estrés se aprende y la familia es uno de los espacios sociales

Para Rojas Marcos el hogar es un ambiente pródigo en contrastes y contradicciones. «Nos ofrece el refugio donde cobijarnos y socorrernos de las agresiones del mundo circundante y, simultáneamente, nos encara a las más intensas pasiones humanas», ROJAS MARCOS, Luis, *Las semillas de la violencia*, loc. cit., p. 35.

¹¹⁷ GIDDENS, Anthony, *Sociology*, loc. cit., pp. 417 y 418.

¹¹⁸ Citado por ORTIZ GONZÁLEZ, Angel Luis, loc. cit., p. 289.

¹¹⁹ MAGRO SERVET, Vicente, *La violencia contra mujeres. Situación actual y reformas propuestas*, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I, p. 224; MORATALLA ESCUDERO, José Francisco (2000), loc. cit., p. 138.

¹²⁰ SÁNCHEZ AYALA, Manuel, loc. cit., pp. 68 y 69.

por excelencia en los que este aprendizaje tiene lugar. Según Straus y Gelles (1979, 1980) lo que los niños aprenden en la familia, bien cuando han sido educados aplicando violencia física, bien cuando la han visto practicar hacia su madre o hacia su padre, es que el amor no excluye la violencia y que quienes les aman son también quienes los maltratan, que el golpear a un miembro de la familia es algo normal y que el recurso a la violencia es válido como último recurso. La agresión suele ser una respuesta aprendida para enfrentarse a los sentimientos de frustración. Dentro de esta corriente, Pagelow (1981) ha investigado el modo en que las respuestas de las instituciones influyen en la decisión de abandonar a la pareja. Distiguendo entre respuestas institucionales (policía), recursos internos (autoestima) y externos (dinero) y el sistema de creencias sobre los roles de género, estima que cuantos más recursos tenga una mujer creará menos en los roles tradicionales asociados a las mujeres, necesitará menos ayuda institucional y es probable que abandone a su marido.

2. *Teoría ecológica.* La explicación de la violencia doméstica parte del análisis de los contextos sociales en los que están insertas las familias. A) En primer lugar se encuentra el nivel ontogenético (desarrollo individual: celos, control), que hace referencia a las biografías personales de los adultos que forman la familia y de los modelos de rol conyugal y parental que traen consigo. B) El segundo contexto social se denomina microsistema (marco familiar: educación, empleo, descendencia, duración de la pareja) y hace referencia a las características interaccionales del contexto familiar concreto. Entre las características de los padres es significativa la presencia de minusvalías o enfermedades crónicas como factores estresantes que llevarían a la aparición de la violencia bajo determinadas circunstancias en las que interactuarían con otros factores bien procedentes de fuera de la familia (falta de ingresos, etc.) o del nivel ontogenético (pautas de respuesta aprendidas a responder de forma violenta ante situaciones difíciles). Dentro de esta misma categoría podría situarse el consumo de alcohol o falta de competencias o habilidades para afrontar determinadas situaciones. Entre las características de los niños que pueden propiciar el maltrato infantil se encuentran también la presencia de discapacidades o enfermedades crónicas o determinadas características caracterológicas de los niños (hiperactividad, hipersensibilidad o problemas conductuales). C) El tercer contexto social se denomina exosistema (relaciones sociales formales e informales) y hace referencia a las relaciones de la familia con el entorno social más inmediato (mercado de trabajo, parentesco). D) El cuarto contexto social se denomina macrosistema (cultura, dominación patriarcal) y hace referencia a los valores culturales y sistemas de creencias

que legitiman o exculpan el recurso a la violencia y que actúan a través de los demás sistemas.

3. *Teoría del intercambio social*. Esta teoría (Gelles y Cornell, 1990) parte del supuesto que la interacción humana está guiada por la búsqueda de recompensas y la evitación de castigos o costes. Cuando una persona proporciona a otra una recompensa crea una situación de deuda, por lo que el beneficiario tiene que recompensarle. Si el ciclo se rompe, se rompe la relación, pero a diferencia de otros contextos sociales en la familia no puede romperse la relación tan fácilmente. Si se perciben injusticias en la relación, los individuos se enfadan, surge el conflicto y este puede devenir en violencia. La misma se utiliza cuando el balance de costes-beneficios que proporciona sobrepasa al obtenido por abstenerse de utilizarla.

4. *Teoría general de los sistemas*. Concibe a la familia como un sistema que procesa los estímulos que entran en él (in-puts) emitiendo una respuesta (out-put). Una familia con límites abiertos es un sistema abierto al exterior, con amigos y contacto amplio con la comunidad. Se puede comprender el uso que una familia hace de la violencia atendiendo al modo en que ella se ajusta a las conductas violentas ¹²¹.

5. *Modelo interactivo* (Stith y Rosen, 1992). Hay unos factores multi-causales: *a)* contexto sociocultural, en el que destaca la aceptación de la violencia por la sociedad y el estatus subordinado de la mujer; *b)* factores de vulnerabilidad, principalmente las experiencias de socialización (la violencia en una generación aumenta el que aparezca en la siguiente), las características individuales (ser violento, dependiente de sustancias, baja autoestima, celos), características de la familia nuclear; *c)* factores de estrés, como el estrés madurativo, unido a las fases de la familia (embarazo, nacimiento de un hijo), el estrés impredecible (muertes inesperadas); *d)* recursos personales (económicos, educativos, culturales y psicológicos), familiares (comunicación y equilibrio de poder), sociales (apoyo social, falta de aislamiento) ¹²².

¹²¹ GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Principios de Criminología*, 1999, Tirant lo Blanc, pp. 559 a 564; MEIL LANDWERLIN, Gerardo, *La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar. Una perspectiva sociológica*, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, 2001. Cuadernos de Derecho judicial CGPJ., pp. 75 a 99. OLIVER, Esther y VALLS, Rosa, *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, pp. 42 y 43.

¹²² LABRADOR, Francisco Javier, RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar; FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío, *Mujeres víctimas de la violencia doméstica*. Programa de actuación, Pirámide, 2004, pp. 54 a 56.

8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Hemos analizado 100 sentencias de Audiencias Provinciales sobre violencia doméstica contra la mujer de la base de datos de Actualidad Penal (último trimestre de 2002), centrándonos en la descripción de secuelas psíquicas o rasgos de la personalidad de la maltratada así como en los rasgos del maltratador y sus posibles enfermedades mentales o adicciones. También hemos buscado posibles reflexiones criminológicas en las mismas. Al trabajar con sentencias hay que tener en cuenta que el trabajo mediante análisis de documentos como fuente primaria de datos es problemático, porque ante todo hay que tener en cuenta dos hechos que actúan de modo falseador: en primer lugar no es seguro si aquello que se hace constar en el documento es correcto en cuanto a su contenido, es decir, si refleja la realidad. Por otra parte, en el documento sólo halla entrada lo que desde el punto de vista de su autor es importante. Pero desde luego puede que esto no sea lo que el investigador siente como importante¹²³.

Las sentencias analizadas son: 1. Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 1.^a) 10 de mayo de 2002; 2. Ciudad Real (Secc. 1.^a) 15 de mayo de 2002; 3. Sevilla (Secc. 4.^a) 18 de marzo de 2002; 4. Ciudad Real (Secc. 1.^a) 21 de marzo de 2002; 5. La Coruña (Secc. 6.^a) 8 de marzo de 2002; 6. Madrid (Secc. 17.^a) 25 de febrero de 2002; 7. Madrid (Secc. 2.^a) 2 de enero de 2002; 8. Málaga (Secc. 2.^a) 18 de marzo de 2002; 9. Cádiz (Secc. 1.^a) 1 de marzo de 2002; 10. Valencia (Secc. 4.^a) 1 de marzo de 2002; 11. Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 1.^a) 18 de marzo de 2002; 12. Barcelona (Secc. 10.^a) 23 de enero de 2002; 13. Cádiz (Secc. 8.^a) 6 de febrero de 2002; 14. Alicante (Secc. 7.^a) 14 de febrero de 2002; 15. Zaragoza (Secc. 1.^a) 23 de febrero de 2002; 16. Cádiz (Secc. 8.^a) 29 de enero de 2002; 17. Cádiz (Secc. 8.^a) 24 de enero de 2002; 18. Pontevedra (Secc. 3.^a) 2 de octubre de 2001; 19. Valencia (Secc. 4.^a) 19 de septiembre de 2001; 20. Valencia (Secc. 4.^a) 4 de julio de 2001; 21. Valencia (Secc. 4.^a) 24 de abril de 2001; 22. Santa Cruz de Tenerife (Secc. 2.^a) 14 de julio de 2001; 23. Pontevedra (Secc. 2.^a) 23 de mayo de 2001; 24. Zaragoza (Secc. 1.^a) 10 de mayo de 2001; 25. Orense (Secc. 2.^a) 9 de noviembre de 2000; 26. Zaragoza (Secc. 1.^a) 1 de junio de 2000; 27. Sevilla (Secc. 7.^a) 4 de septiembre de 2001; 28. Sevilla (Secc. 3.^a) 27 de julio de 2001; 29. Huelva (Secc. 1.^a) 12 de junio de 2001; 30. Granada (Secc. 2.^a) 18 de mayo de 2001; 31. Sevilla

¹²³ KÜRZINGER, Josef, *Kriminologie, Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen*, Richard Boorberg Verlag, 1982, p. 52.

(Secc. 7.^a) 25 de abril de 2001; 32. Madrid (Secc. 15.^a) 30 de noviembre de 2001; 33. Madrid (Secc. 6.^a) 10 de mayo de 2001; 34. Madrid (Secc. 6.^a) 3 de mayo de 2001; 35. Gerona (Secc. 3.^a) 17 de diciembre de 2001; 36. Valencia (Secc. 4.^a) 16 de noviembre de 2001; 37. Huelva (Secc. 1.^a) 8 de noviembre de 2001; 38. Navarra (Secc. 3.^a) 26 de noviembre de 2001; 39. Ávila 21 de diciembre de 2001; 40. Almería (Secc. 1.^a) 23 de octubre de 2001; 41. Madrid (Secc. 1.^a) 11 de octubre de 2001; 42. Orense (Secc. 1.^a) 7 de noviembre de 2001; 43. Barcelona (Secc. 10.^a) 27 de octubre de 2001; 44. Barcelona (Secc. 8.^a) 26 de julio de 2001; 45. Zaragoza (Secc. 1.^a) 15 de noviembre de 2000; 46. Sevilla (Secc. 3.^a) 6 de abril de 2000; 47. Zaragoza (Secc. 3.^a) 8 de noviembre de 2001; 48. Zaragoza (Secc. 3.^a) 28 de junio de 2001; 49. Lugo (Secc. 2.^a) 18 de octubre de 2001; 50. Cádiz (Secc. 8.^a) 30 de julio de 2001; 51. Alicante (Secc. 1.^a) 6 de septiembre de 2001; 52. Madrid (Secc. 15.^a) 27 de septiembre de 2001; 53. Soria 1 de junio de 2002; 54. Cantabria (Secc. 2.^a) 31 de octubre de 2001; 55. Lugo (Secc. 1.^a) 18 de diciembre de 2001; 56. Córdoba (Secc. 3.^a) 25 de septiembre de 2001; 57. Lugo (Secc. 2.^a) 25 de septiembre de 2001; 58. Murcia (Secc. 1.^a) 4 de junio de 2001; 59. Baleares (Secc. 1.^a) 6 de abril de 2000; 60. Gerona (Secc. 3.^a) 8 de junio de 2000; 61. Barcelona (Secc. 3.^a) 12 de julio de 2001; 62. Madrid (Secc. 16.^a) 9 de julio de 2001; 63. Alicante (Secc. 1.^a) 21 de julio de 2001; 64. Valencia (Secc. 2.^a) 12 de junio de 2001; 65. Ciudad Real (Secc. 1.^a) 17 de mayo de 2001; 66. Madrid (Secc. 2.^a) 8 de enero de 2001; 67. Barcelona (Secc. 7.^a) 26 de enero de 2001; 68. Soria 28 de febrero de 2001; 69. Albacete (Secc. 2.^a) 12 de febrero de 2001; 70. Alicante (Secc. 1.^a) 4 de abril de 2001; 71. La Coruña (Secc. 6.^a) 30 de junio de 2000; 72. La Coruña (Secc. 6.^a) 14 de junio de 2000; 73. Málaga (Secc. 1.^a) 28 de noviembre de 2000; 74. Ciudad Real (Secc. 2.^a) 25 de octubre de 2000; 75. Córdoba (Secc. 1.^a) 26 de octubre de 2000; 76. Madrid (Secc. 1.^a) 20 de septiembre de 2000; 77. La Coruña (Secc. 4.^a) 20 de marzo de 2000; 78. Huelva (Secc. 1.^a) 28 de marzo de 2000; 79. Jaén (Secc. 2.^a) 11 de julio de 2000; 80. Barcelona (Secc. 3.^a) 9 de octubre de 2000; 81. Pontevedra (Secc. 4.^a) 10 de enero de 2000; 82. Gerona (Secc. 3.^a) 7 de mayo de 2001; 83. Gerona (Secc. 3.^a) 21 de junio de 2001; 84. Cáceres (Secc. 1.^a) 14 de mayo de 2001; 85. Toledo (Secc. 1.^a) 9 de marzo de 2001; 86. Asturias (Secc. 3.^a) 5 de abril de 2001; 87. Córdoba (Secc. 1.^a) 14 de marzo de 2001; 88. Murcia (Secc. 2.^a) 7 de febrero de 2001; 89. Madrid (Secc. 3.^a) 15 de enero de 2001; 90. Soria 21 de diciembre de 2000; 91. Barcelona (Secc. 8.^a) 21 de septiembre de 2000; 92. Jaén (Secc. 1.^a) 21 de septiembre de 2000; 93. Barcelona (Secc. 8.^a)

24 de julio de 2000; 94. Madrid (Secc. 23.^a) 5 de julio de 2000; 95. La Coruña (Secc. 4.^a) 11 de noviembre de 1999; 96. Murcia (Secc. 4.^a) 12 de enero de 2000; 97. Almería (Secc. 2.^a) 30 de junio de 2000; 98. Albacete (Secc. 2.^a) 27 de marzo de 2000; 99. Córdoba (Secc. 1.^a) 15 de diciembre de 1998; 100. La Rioja 17 de abril de 2002.

Hay referencias sobre el agresor en 38 sentencias:

— Presentaba *problemas con el alcohol* en 21 casos, con la siguiente distribución: embriaguez en tres casos (uno de ellos asociado a psicopatía o trastorno mixto de la personalidad); consumo de alcohol en 15 casos (en dos de ellos asociado a psicopatía y en otro caso a neurosis que bordea psicopatía); alcoholismo en tres (de los que en dos casos se daba tanto en el agresor como en la víctima).

— Presentaba *problemas con las drogas* en ocho casos, repartidos del siguiente modo: drogodependiente en cuatro casos (de los cuales en uno lo eran los dos miembros de la pareja); consumidores en tres (en todos los casos cocaína); en un caso el consumo de cocaína produjo psicosis tóxica. En ningún caso coincide el consumo de alcohol con el de drogas.

— Presentaba *celotipia* en seis casos, (en dos caso unida a trastorno de ideas delirantes, en un caso a alcoholismo, en un caso a personalidad paranoide, en un caso a personalidad compulsiva).

— Trastorno de *ideas delirantes* (paranoia) en dos casos.

— Trastornos de la personalidad en 6 casos (trastorno mixto-psicopatía en un caso, trastorno antisocial en uno, trastorno paranoide en dos, borderline en uno y compulsivo en uno).

— Capacidad intelectual inferior a la media en un caso.

— Psicosis tóxica en un caso.

— Trastorno bipolar ciclotímico en un caso.

— Neurosis en un caso.

— Depresión en un caso.

— En tres casos se habla simplemente de personalidad agresiva, en otro de inmadurez con irritabilidad y escasa tolerancia a la frustración y en otro caso de alteración emocional leve por jubilación anticipada, crisis afectivo-emocional y situación judicial.

Lorente Acosta estima que estos datos no son significativos, al pensar que los maltratadores denunciados y condenados son aquellos con menos recursos psicológicos y una conducta más burda, aquellos que no son capaces de administrar y dosificar una violencia física complementándola con

¹²⁴ LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, loc. cit., pp. 76, 84 y 85. De modo semejante, VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca, «La violencia familiar y la agresión sexual como

la psíquica, ya que si combinaran ambas la mujer estaría tan hundida que no los denunciaría, al considerarse culpable y responsable de todo.¹²⁴

En cuanto a la víctima los datos son menores (alguna sentencia advierte que hubiera sido deseable realizar una pericial psicológica que no se hizo), ya que aparecen en 14 casos:

- Depresión en siete casos (asociada a pánico en una ocasión, a insomnio, astenia y anorexia en otro caso y a bulimia, ansiedad e insomnio en otro).
- Estrés postraumático en tres casos (uno asociado a ansiedad).
- Ansiedad en dos casos (uno asociado a estrés postraumático).
- En otros casos se habla simplemente de «déficit de vitalidad» (un caso), de sentimiento de culpa (un caso) y de «importante afectación emocional» (un caso).

Estos datos son llamativos si se tiene en cuenta que aproximadamente un 60 por 100 de las mujeres maltratadas tienen trastornos psíquicos moderados o graves.

Algunas sentencias en que la Audiencia Provincial ha actuado no en apelación sino como órgano de enjuiciamiento contienen datos interesantes. Así en la S.A.P. de Zaragoza (Secc. 1.^a) 23 de febrero de 2002 (sentencia núm. 15) se dice: En el informe pericial médico-forense y psicológico realizado sobre la persona de Vanesa, se recoge que la misma expresa sentimientos de culpa respecto al comportamiento violento de Pedro como Yo le hago saltar y No le tranquilizo, concluyendo los peritos que Vanesa aporta justificaciones racionales al maltrato y lo acepta como merecido, no intencional y olvidable¹²⁵ (folio 106 de los actuaciones). En el Acto del Juicio oral se expuso por la psicóloga que Vanesa presenta el típico patrón de mujer maltratada, justificando al maltratador del que se siente dependiente, aclarando a la Sala que la dependencia de Vanesa respecto al agresor se debe a la carencia de la figura paterna, no queriendo que a sus hijas les falte un padre, aunque ella tenga que soportar humillaciones y golpes (folio 5 y 5 vuelto del acta y notas de estenotipista).

En la S.A.P. Madrid (Secc. 15.^a) 30 de noviembre de 2001 (sentencia núm. 32) se pone en boca de la víctima, en un caso entre magrebíes: Es costumbre de nuestra tierra que hay que aguantar. Antes de que naciera la

objeto de la pericial psicológica, en Urra Portillo, Javier y Vázquez Mezquita, Blanca (comps.): *Manual de psicología forense* (1993), Ed. Siglo XXI, para quien la conducta agresiva es menos sofisticada en los grupos dotados de una menor instrucción escolar y cultural, que tienen menos desarrolladas las habilidades verbales y sociales, p. 296.

¹²⁵ Este proceso se explica por LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, loc. cit., pp. 21 a 25; sobre otros rasgos del maltrato, en la misma obra, pp. 57 a 61.

niña pequeña quería separarme pero en nuestra cultura el que manda es el hombre. Mis padres me decían que no me podía separar.

Hay dos casos en los que la violencia es ejercida por dos personas frente a la víctima, y en los que los daños de ésta son más elevados: la S.A.P. Ciudad Real (Secc. 1.^a) 17 de mayo de 2001 (sentencia núm. 65), donde la violencia física y psíquica la ejercen el marido (psicópata) y su madre. Así describe el Tribunal el testimonio de la víctima: «la declaración de Martina resultó sobrecogedora pues, pese al tiempo transcurrido desde los hechos, seguía mostrando el miedo que tenía a su agresor, alterándose incluso ante cualquier ruido en la Sala pese a hallarse acompañada en su declaración, custodiada por la policía, y protegida de la visión de los acusados; es característica común en este tipo de situaciones la asunción, por la intimidación y la afectación psicológica derivada del deterioro a que el agresor somete a su víctima, de actitudes que difícilmente pueden entenderse en agresiones sufridas fuera del domicilio familiar». La otra es la S.A.P. Asturias (Secc. 3.^a) 5 de abril de 2001 (sentencia núm. 86) violencias realizadas por el acusado y su esposa contra la compañera sentimental de aquél, cuando empezaron a vivir todos juntos ¹²⁶.

Otra se refiere a personas de clase social elevada: S.A.P. Lugo (Secc. 1.^a) 18 de diciembre de 2001 (sentencia núm. 55) en la que se dice del agresor que gozando de una inteligencia superior a la normal, y por su condición de médico, conocía perfectamente la mejor forma de provocar un daño psicológico a su ex esposa, persona que, por haber ocupado puestos de relevancia, tenía un elevado status social.

Finalmente son varias las sentencias que afirman que el concepto de habitualidad del artículo 153 CP es un concepto criminológico. Como muestra, la S.A.P. Zaragoza (Secc. 1.^a) 10 de mayo de 2001 (sentencia núm. 24), donde se lee: «debemos destacar la definición que se ofreció en el 1.º de los Congresos de Organizaciones Familiares celebrado en Madrid (diciembre de 1987) del concepto de violencia, como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real. En esta dirección, el Exmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (qepd.), reputado Magistrado del TC y presidente de la Sala 2 del TS, proponía que la habitualidad aquí referida debía entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal, por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con

¹²⁶ Sobre la participación de otros en la violencia, PÉRSICO, Lucrecia, *loc. cit.*, pp. 204 a 212.

o sin condenas previas, y que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras vías». Y la S.A.P. Granada (Secc. 2.^a) 18 de mayo de 2001 (sentencia 30), donde se dice: «Ya en este ámbito lingüístico, y según la información que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la habitualidad remite a imágenes de... continuidad... de... repetición de actos iguales o semejantes... que constituye... un modo especial de proceder o conducirse... y da lugar a... una facilidad... de recaer en el concreto tipo de comportamiento. Esta idea parece más ajustada –aplicando las pautas hermenéuticas histórica y sociológica– al modelo criminológico de conflicto tenido en cuenta para configurar el delito estudiado: esa situación en que lo que debería ser un hecho excepcional (la agresión, el maltrato de cualquier clase que sea, la humillación) se convierte en lo anormalmente normal; En esta dirección, el insigne Magistrado del TC y Presidente de la Sala 21 y Social del TS recientemente fallecido, proponía que la habitualidad aquí referida debía entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal».

9. CONCLUSIONES

Maltrato es toda forma de abuso de poder, intenso y permanente, dentro de la relación de pareja o durante el contexto de separación de la misma. Puede ser físico, psíquico (incluyendo la rotura de objetos), sexual, económico (control del dinero) y social (apartar a la víctima de su familia y amigos). El hombre violento se puede encontrar en sectores educativos y sociales diversos y no es cierto que actúe motivado por sus adicciones. Tampoco existe un tipo de personalidad especialmente susceptible a entablar relaciones con futuros maltratadores. Para minimizar el daño se produce el mecanismo psíquico de la «disociación», que es un no estar presente durante la agresión, separando la experiencia psíquica de la cognitiva. Las secuelas psíquicas que más se observan son depresión y estrés postraumático. Visto desde fuera, hay una extraña codependencia entre agresor y víctima. Aquél recurre a la violencia porque es muy efectiva y ésta se convierte en una esclava psicológica, en una «personalidad bonsai» que comparte el modelo explicativo del marido acerca de la situación y sus causas. La primera agresión es un momento delicado, porque rompe la inhibición relacionada con el respeto a la otra persona y el riesgo aumenta en los momentos en que se establece cierto compromiso (hipoteca, embarazo, noche de bodas). También es peligrosa la separación, porque el agresor percibe que va a menos y la víctima a más. La violencia tiene varias fases que cada vez se acortan más y la violencia crece (tensión controlada, pérdida de control, luna de

miel, fase en la que se pide perdón y se siente que se pierde poder y empieza de nuevo el ciclo). En la víctima se instala la creencia de que haga lo que haga la agresión es inevitable (indefensión aprendida). Los factores sociológicos que predisponen al fenómeno son la procedencia de un hogar violento, el proceso educativo y de aprendizaje, el contexto social patriarcal, el estrés psicosocial, la dinámica familiar cuando la pareja no satisface las demandas emocionales de sus miembros, y que de hecho se tolera un elevado grado de violencia en la familia. Existen varios modelos explicativos, entre los que destacan la teoría de los mecanismos psicológicos y el modelo interactivo. Para evitar el fenómeno en las jóvenes generaciones habría que lograr un cambio en la consideración de que el amor implica control, celos y que la violencia es un signo de amor apasionado. En las sentencias analizadas escasean las periciales psicológicas sobre las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- BARDALET VIÑALS, Narcís: «Concepto de violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II.
- BEDATE GUTIÉRREZ, Andrés: «Epidemiología y aspectos legales de las mujeres maltratadas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- BUEREN RONCERO, José Luis: «Violencia habitual en el ámbito familiar: apuntes para una reforma de los tipos penales y de las medidas cautelares», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- CANO VALERO, Julia: «Concepto y causas de las lesiones y secuelas psíquicas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- CARRASCO GÓMEZ, Juan José: «Psicopatología del maltratador doméstico», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- COCHS TARAFÁ, Carmen: «Apuntes para una intervención médico-forense más eficaz en mujeres maltratadas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999 tomo III.
- DE MARIANAS RIBARY, Helena: «Trastornos sexuales en víctimas de maltrato familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- ECHEBURÚA, Enrique (director): *Personalidades violentas*, Pirámide, 2003.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y Amor, Pedro Javier: «Tratamiento psicológico de los maltratadores domésticos: una alternativa a las medidas judiciales», en

- Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo II.
- ESCUADERO MORATALLA, José Francisco: «Violencia doméstica: Consideraciones generales», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, tomo II.
- «Violencia doméstica. Factores de vulnerabilidad. Elementos socioculturales y económicos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique: «Aspectos médico-legales de la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo I.
- FLETCHER, George P.: *Las víctimas ante el jurado*. Traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanc, 1997.
- GANZENMÜLLER ROIG, Carlos: «El fiscal ante el fenómeno de la violencia familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanc, 1994.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente; *El psicópata. Un camaleón en la sociedad actual*; Ed. Algar, 2003.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago: *Principios de Criminología*, 1999, Tirant lo Blanc.
- GIDDENS, Anthony: *Sociology*, second edition; Polity Press 1993, Reino Unido.
- GRANADOS PÉREZ, Francisco: «Características psicopatológicas de agresores y víctimas en el maltrato doméstico. Identidad sexual y maltrato», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, tomo III.
- GUILLÉN SORIA, José Miguel: «Introducción. Violencia doméstica ejercida sobre la mujer. Elementos socioculturales y económicos que determinan su existencia», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- HIRIGOYEN, Marie-France: *El acoso moral (El maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Paidós, 2003.
- JIMÉNEZ ARRIERO, Miguel Ángel: «Trastornos de ansiedad, depresivos y adaptativos en víctimas de maltrato infantil: clínica, evolución y diagnóstico diferencial», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- KÜRZINGER, Josef: *Kriminologie, Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen*, Richard Boorberg Verlag, 1982.
- LABRADOR, Francisco Javier; RINCÓN, Paulina Paz; DE LUIS, Pilar; FERNÁNDEZ-VELASCO, Rocío: *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación*, Pirámide, 2004.

- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago y ORTOLÁ BOTELLA, M.^a Ester, *Criminología*, parte especial, Tirant lo Blanc 1999.
- LORENTE ACOSTA, Miguel: *Mi marido me pega lo normal. (Agresión a la mujer: realidades y mitos)*. Ed. Crítica (Ares y Mares), 2003.
- LORENTE ACOSTA, Miguel: *El rompecabezas (Anatomía del maltratador)*, Editorial Crítica (Ares y Mares) 2005.
- «Síndrome de agresión a la mujer. Aspectos psicológicos del maltratador y de las víctimas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo II.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La violencia contra mujeres. Situación actual y reformas propuestas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar. Una perspectiva sociológica», en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho judicial CGPJ, 2001.
- MINGOTE ADAM, Carlos: «Trastornos de estrés postraumático en víctimas de maltrato familiar», en *Estudios sobre violencia doméstica y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- OLIVER, Esther y VALLS, Rosa: *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004.
- ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis: «Prevención y tratamiento de la violencia doméstica», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998-1999, tomo I.
- PERSICO, Lucrecia: *Soy una mujer maltratada*, LIBSA, 2003.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio: «Los elementos personales de la agresión familiar», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.
- ROJAS MARCOS, Luis: *Las semillas de la violencia*, Espasa, 2004.
- SÁNCHEZ AYALA, Manuel: *Violencia dentro de la familia. Consideraciones generales. Regulación legal: tipos*, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I.
- SELIGMAN, Martin E. P.: *Indefensión*. Editorial Debate, 1981.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles: «Psicopatología de las víctimas de malos tratos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000 tomo II.
- TOLOSA MÍNGUEZ, Concepción: «La violencia hacia las mujeres. La perspectiva de la víctima», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, tomo II.

- VALCARCE LÓPEZ, Marta: *Violencia psíquica, Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I.
- VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca: *El perfil psicológico de la mujer maltratada, Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998-1999, tomo I.
- «La violencia familiar y la agresión sexual como objeto de la pericial psicológica», en URRÁ PORTILLO, Javier y VÁZQUEZ MEZQUITA, Blanca (comps.): *Manual de psicología forense* (1993) Ed. Siglo XXI.
- VILLAVICENCIO CARRILLO, Patricia: «Repercusión de los malos tratos en la salud mental de las mujeres», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, tomo I.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
II. NOTAS Y COMENTARIOS**

¿PARA QUÉ UN FISCAL DE INCENDIOS? *

ÁLVARO GARCÍA ORTIZ

Fiscal Coordinador de incendios de Galicia

* Resumen de la carta enviada a los Fiscales nombrados en las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma de Galicia como especialistas en incendios la primera reunión que tuvo lugar en Santiago de Compostela el 3 de marzo de 2005.

Desde el nombramiento para desempeñar la «especialidad» para la que junto con el resto de los compañeros en Galicia fuimos designados, a todos se nos pasó por la cabeza el mismo pensamiento, ¿para qué?, ¿qué significa esto de fiscal de incendios?

Después de preguntar en casi todas las fiscalías de España, aprovechando los contactos que supone ser de una numerosa promoción y atacando directamente al escalafón y a los anteriores destinos; la conclusión fue desoladora, cada compañero consultado tenía una opinión del asunto, y el mejor intencionado sonreía y pensaba que vaya, otro cargo más sin contenido, una foto más para la prensa.

Tras el nombramiento en octubre de 2004, lo primero que intenté fue buscar cuanta información jurídica pudiera tener de los delitos de incendio y por tanto la jurisprudencia al uso. No diré que fuera tiempo perdido, pero sí que tampoco le vi razón práctica al estudio árido y teórico del asunto. Cualquiera de nosotros ante una causa por incendio enfocaría mejor la búsqueda real de jurisprudencia concreta, y cualquier fiscal está en condiciones de hacer este trabajo digamos de biblioteca, aunque sea virtual, para sus calificaciones y trabajo ordinario.

Entonces, ¿dónde buscar la especialidad? Quizá apelando desde la ingenuidad de los comienzos a las fuentes básicas de las primeras experiencias en la carrera, la intuición y la práctica. La especialidad debe estar, modestamente creo, en el conocimiento del delito, del hecho objeto de enjuiciamiento y en las posibilidades de mejorar la prueba y la instrucción. En intentar, en suma, que no sea el especialista de la fiscalía quien tuvo una vez un jurado por un delito de incendio complicado, sino tratar de ir de lo general a lo particular, profundizar en la etiología del ilícito y

acometer con un criterio de eficacia nuestro trabajo en la sociedad a la que servimos.

Lo primero que el «cargo» supuso fue acudir a una serie de reuniones, eso sí, a muy «alto nivel», en las que todo el mundo se felicitaba de la existencia de un fiscal de incendios, pero nadie sabía muy bien en qué consistía nuestro trabajo (no sólo en el campo de los incendios sino en general). También se detectaba desde el principio una inicial desconfianza tras el aparente entusiasmo inicial, un miedo a que alguien pisara un jardín propio, por parte de la Administración, de los policías y de los políticos, y un intento de patrimonializar, no se sabe para qué, la figura desconocida del fiscal.

Tras estos contactos «galácticos» para un fiscal de pueblo, hubo mas encuentros; con agentes forestales, policías locales, con departamentos de ecología de la Universidad, con las organizaciones ecologistas, con los responsables de los cuerpos policiales con competencias en materia de incendios, con la Administración autonómica...

En paralelo fueron llegando al despacho, e inundando, los atestados de incendios de toda Galicia (a requerimiento propio), para poder estudiar de una manera más sistemática el trabajo policial, que al fin y al cabo es lo que nos llega, en esta materia.

Todo este material fue suponiendo en lo personal un enriquecimiento, en el sentido de que poco a poco, profundizando en el hecho ilícito, van apareciendo los matices y las cuestiones concretas en las que la figura del fiscal puede tener trascendencia.

Asimismo tuve acceso a prácticamente todas las sentencias sobre incendios en Galicia en el último trimestre.

Las conclusiones acerca del contenido de los atestados y sentencias pueden ser objeto de no sólo de una sino de varias ponencias pero en síntesis me dio la impresión de que debería seguirse el siguiente parámetro:

Necesidad de formar un atestado tipo. De manera análoga a como ocurre en los atestados de accidentes de tráfico, en la extinción de un incendio inciden un elevado número de personas, hechos y variables que pueden ser tenidos en cuenta para la calificación del hecho. Es imprescindible la constancia de algunos datos relevantes que ya se incorporan pero hay otros que deberían ser de obligado cumplimiento. La data, la localización, la extinción, la extensión, los perjudicados, la cartografía del incendio, los medios de extinción.

Hay una carencia común en todos los atestados que en la instrucción genera numerosos problemas; la determinación de los perjudicados es poco fiable, pues carecemos en general de información acerca de los linderos del propio incendio. La localización del incendio si no se

hace en el instante dificulta mucho la posibilidad de encontrar colinchantes perjudicados. Por ello y como solución sería deseable que el atestado incorporara dicha información y evitara la búsqueda infructuosa desde el juzgado de hipotéticos perjudicados.

Cabe añadir, además, que es una línea de investigación no desdeñable conocer a los propietarios de los lindes.

La solución pudiera venir en solicitar del Servicio Catastral correspondiente, Ministerio de Hacienda, vía informática, esta información. Las condiciones técnicas permiten que el propio cuerpo policial pudiera, si así fuera autorizado, reclamar del catastro esta información de manera automática e incorporarla así a los atestados.

La realidad nos dice que en ocasiones se descubre al autor real de un delito de incendios intencionado con mucha posterioridad a los hechos. El transcurso del tiempo es fatal para recopilar el material instructor y si consiguiéramos con el atestado toda la información objetiva o fáctica necesaria, tendríamos, una vez averiguado el culpable, si es que milagrosamente se produce (generalmente por confesión tras haber sido localizado casi *in fraganti* respecto de hechos anteriores), nos permitiría concluir con rapidez la instrucción del resto de los delitos imputados.

Otro aspecto a estudiar es examinar las posibilidades probatorias, que en estos supuestos son bastante escasas. Las fuentes de la investigación son diferentes las habituales; distintas por la propia naturaleza del delito, la desconfianza de la gente del rural hacia el «extraño», y mucho más si ese extraño lleva uniforme, nos llevan a considerar la hipótesis de reconducir la actividad investigadora. Pues la información policial no es lo eficaz que debiera, básicamente por, que las policías están diseñadas para perseguir delitos «urbanos», delitos urbanos y patrimoniales.

La extraordinaria extensión del campo de actuación delictiva y las casi infinitas motivaciones de un fuego nos colocan en una situación en la que las estadísticas de éxito policial son totalmente desalentadoras.

Sin embargo hay un numeroso colectivo, funcionarizado que, estando implicado en la lucha y extinción de incendios, lo está también en el medio en el que viven y en el que trabajan: son los agentes forestales. Dentro de este cuerpo existen unos especialistas, los denominados BIIF, brigadas de investigación de incendios, que desarrollan una labor fundamental y desconocidas, en los juzgados a los efectos de prueba, investigación e indicios de los incendios. Su incorporación al atestado como intervinientes y si fuera posible vía informe complementario puede ser determinante. En otro orden de cosas son un buen vehículo de información e investigación para SEPRONA y Policía Autonómica, es importante a mi juicio darles protagonismo, pues su aportación como prueba o investigación puede ser importante porque son pocos los efectivos policiales dedicados a la extinción de incendios.

El procedimiento del jurado no favorece la instrucción, pero ello no debe ser un obstáculo en la investigación, aunque sí se debe intentar que los atestados incorporen suficiente material gráfico, el uso de cámaras digitales y el acceso a documentos cartográficos digitalizados o el propio SIG-PAC convierten en sencilla una exigencia que anteriormente era laboriosa y cara.

También es cierto que el jurado, o mejor dicho el pánico que el jurado provoca entre algunos profesionales favorecen de modo considerable las conformidades. En este caso es preciso tener en cuenta en las mismas al Letrado de la CCAA, generalmente personado y que siempre se queja de la escasa información y acceso que tiene al fiscal.

La actuación de la administración es fundamental en la problemática de incendios. En pocas materias se emplean tantos recursos, especialmente en extinción, aunque también en actuaciones de otro tipo. Tradicionalmente las relaciones entre la fiscalía y la Administración se ven comprometidas por una mutua desconfianza, pues a nosotros nos corresponde una labor de control de la actuación administrativa, bien directa en el proceso penal (prevaricaciones, incumplimientos omisivos y otros) o bien de supervisión directa (caso de menores o incapaces), pero en el tema de incendios en ese sentido no hay función legal de control mas allá que la del estricto control de legalidad del procedimiento que nos corresponde, es por ello que de alguna manera la relación no parte, o no debería partir, de una inicial desconfianza, pues nada tienen que ocultar a la fiscalía, sino de un espíritu mutuo de colaboración, una visión, un enfoque diferente a la compleja problemática de los fuegos. Sin que ello signifique que seamos fagocitados por ella, y destacando nuestra desvinculación de la misma, al igual que nuestra disposición a la colaboración, así como explicitar en todos los foros a los que seamos convocados la naturaleza propia de la labor del fiscal.

Por último, en este punto la relación con los letrados de las CCAA es manifiestamente mejorable, pues, en el fondo, aquí defienden un interés parecido al nuestro, y tienen carencias en todo lo relativo a información de previas para poder personarse en las mismas, tienen también dificultades en el proceso, en especial con las conformidades que se suelen negociar a sus espaldas, etc., sería conveniente articular una relación o contacto más fluido.

La actuación de la Policía Local, donde exista, es otra pata coja de la investigación de incendios, si bien es cierto que la mayoría de los incendios se producen en el monte puro, no lo es menos que en los municipios grandes su presencia en el atestado o en la investigación es inexistente cuando no testimonial. Implicar a las mismas podría suponer un avance en la investigación y persecución del delito. Los alcaldes, concejales, alguaciles, vecinos, guardan sin duda información que no transmiten a los investigadores.

Sentada esta digresión sobre el atestado, su importancia y el control del mismo que debemos realizar también entiendo que nuestra aportación puede ser positiva en los siguientes campos.

El fiscal especialista

La información a los compañeros. La existencia de una referencia en las fiscalías cada vez que hay un delito de incendios no debe ser desdeñada, pues el especialista puede ser la persona en quien acabaran convergiendo las dudas de los compañeros, tanto sobre diligencias a solicitar como a la calificación concreta de los hechos, es preciso también constatar que del reparto de cada fiscalía dependerá el encargo de algún asunto concreto o relevante. También la información que puede proporcionar la administración a través del servicio informático podrá ser una ayuda para tomar o aconsejar a quien las tenga.

Interlocución con la Administración. La referencia mutua de relación con la Administración, es decir conseguir interpretar el papel de interlocutor válido ante las autoridades y ante la propia fiscalía. En todos los delitos cuya naturaleza deviene en la posibilidad de una sanción administrativa la Administración reclama y la fiscalía debe favorecer cauces de mutuo conocimiento, en las que la representación de la fiscalía debe recaer en este fiscal especialista.

Formación específica como fiscales. También la especialidad nos garantiza una formación específica; por un lado en cuanto a los cursos de formación de la Fiscalía General del Estado, la preferencia que supone el encargo de asuntos y la que se derive de los cursos organizados por las CCAA.

Las diligencias de investigación fiscal:

– Como fiscales de incendios y a través de nuestras informativas penales podemos servir de elemento de coordinación de investigaciones; en tal sentido las brigadas de SEPRONA y Policía Autonómica están a nuestra disposición, la investigación a ellos les corresponde, pero el control a nosotros. La coordinación entre cuerpos, por ejemplo, o con la Administración puede canalizarse a través nuestro para cometidos o investigaciones específicas. Este es un campo poco explotado, pues pese a la cantidad de recursos que la Administración destina a prevención y extinción de incendios, el tema de la investigación en el campo policial, donde hay muchas cosas que hacer, no se ha desarrollado por falta de medios. La Administración, en determinadas fechas y ante el número de incendios, se ve desbordada y dedica todos sus esfuerzos a la extinción.

– Actuación en relación a las quemas imprudentes. La mayoría de los detenidos por incendios lo son por quemas imprudentes (art. 358 CP), al respecto de las mismas todos sabemos que es bastante caótica la determinación de criterios para determinar que dicha quema imprudente pudiera

tener caracteres de delito. Establecer una serie de parámetros que puedan «vincular» a los compañeros entiendo que excede de nuestras competencias, eso es materia de FGE y de la Secretaría Técnica.

Sin embargo existen determinadas actuaciones que no llegan a los juzgados por vía de atestado, pues los cuerpos policiales no tienen conocimiento de las mismas. Solamente la Administración, a través de las informaciones proporcionadas por los agentes forestales, mediante los boletines de quema y la tramitación del correspondiente expediente sancionador en la vía administrativa, posee dicha información.

En este campo, la administración, al menos en el territorio en el que yo trabajo, no está enviando ningún expediente administrativo que pudiera ser constitutivo de delito a las fiscalías, para determinar si procede o no la apertura de diligencias penales.

Es preciso aquí hacer una pequeña reflexión sobre las quemas imprudentes.

Realmente son una de las causas fundamentales de incendio, al menos en Galicia; normalmente la falta de cuidado en las mismas da lugar a la propagación del incendio, es por ello un factor importante para la prevención de los mismos una adecuada actuación de política criminal para evitarlos. Así, cuando estimemos que podemos estar ante un supuesto de cierta relevancia, sería conveniente fijar unos criterios comunes en relación a la consideración de la imprudencia (existencia o no de permiso, medidas de contención, personas que realizan la quema, resultado producido, condiciones meteorológicas etc.).

Lo importante, a mi modo de ver, es conseguir que quien quema de manera imprudente no quede impune, bien al ser sancionado administrativamente, bien al continuar el proceso penal.

Sobre lo primero, existe el vicio asumido en las fiscalías de poner el visto del sobreseimiento en estos casos sin que en la resolución del juzgado se acompañe el oportuno traslado o testimonio a los efectos de una posible sanción administrativa; por ello los fiscales deberíamos extremar el celo para no contribuir a la impunidad de los infractores.

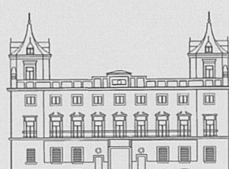
En los expedientes administrativos que nos lleguen a las fiscalías (y en este caso estará justificado plenamente la intervención exclusiva como especialista en las informativas penales de incendio), debemos pues determinar si es judicializable o devolverlo a la vía administrativa. Aquí, como he dicho antes, es donde debemos fijar criterios.

Fichero de sentencias de la provincia. Sería importante conseguir sistematizarlas todas, y organizar un fichero anual provincial, y a partir de éste uno de la comunidad, por experiencia propia creo que no funciona adecua-

damente la recogida de sentencias cuando se hace un requerimiento a los compañeros fiscales para que nos envíen las sentencias de cualquier materia (basta pensar qué ocurre con otros temas, siniestralidad laboral o violencia cuando nos reclaman a cada uno de nosotros que informemos de las causas) así que lo mejor es hacerlo a través de los funcionarios de la Oficina Fiscal. A través de ese fichero conseguiremos, aparte de una sustanciosa información jurídica, una visión de conjunto de la dispersión interpretativa que la materia de incendios genera en los juzgados y puede ayudarnos a formar criterio propio y unificar en lo posible el de nuestros compañeros. También así atenderemos la demanda de información que de la Administración o de la sociedad nos pueda llegar.

La sensibilidad en el tema de los incendios debe comenzar por ser conscientes de que por ejemplo mas de 10.000 incendios asolaron Galicia el año pasado, solamente desde esta perspectiva se puede uno dar cuenta de la magnitud del problema y de la repercusión que tiene en nuestro ecosistema.

Para paliar esta realidad, este problema, al que el conjunto de las Administraciones dedican ingentes recursos, es preciso conocer el medio y enfrentarse a él con todas las armas posibles, las nuestras son las jurídicas y nuestro marco de actuación de defensa de la legalidad es el proceso penal, las diligencias de investigación y el desarrollo de las funciones que la Constitución y nuestro Estatuto Órgánico nos otorgan. Solamente desde esa perspectiva tendrá sentido nuestro trabajo, con imaginación, pues es cierto que con la manera de investigar tradicional no se han conseguido los resultados esperados; con dedicación, con esfuerzo y con afán de colaboración entre nosotros conseguiremos darle contenido a una figura novedosa, recién nacida, carente de funciones específicas, pero que puede significar un paso más en la eficacia de nuestra profesión con la vocación de servicio público que la informa.



ISSN 1135-0628



9 771135 062003