

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Nº 34

Revista de

Derecho Penal

3.er CUATRIMESTRE 2011

AÑO XI

EDICIÓN DIGITAL EN
portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA

¿Conoces todas las ventajas de ser lexnovista?



Avances

Cuando lo requiere la actualidad jurídica.



www.lexnova.es
Una completa red de portales con toda la información que necesitas.



Gazeta informativa
Boletín novedades jurídicas
Newsletters

Boletín electrónico semanal con las últimas novedades.



lexnovaonline

Además, hasta 2012 nuestro producto estrella de manera gratuita: por ser lexnovista no te costará nada acceder a los módulos que te correspondan de lexnovaonline.



Ayudas y Subvenciones

Recibe en tu correo electrónico las últimas novedades sobre ayudas y subvenciones.



Directorio de profesionales

Dónde puedes publicitarte gratuitamente.



Agenda de eventos

Incluye tus jornadas, seminarios y eventos.



Redes sociales

Sé el primero en enterarte de lo último en el panorama jurídico.



Formación gratuita

Jornadas y seminarios de máxima actualidad.



Servicio integral

De atención al cliente y servicio post-venta.



Facilidades de pago

Para hacer más fácil el pago de tus compras, disponemos de diversas formas de financiación que seguro te interesarán. Y recuerda que no pagarás gastos de envío para tus pedidos superiores a 60 €.



Lex Nova · La Revista

Publicación trimestral sobre los temas más actuales del panorama jurídico.



Actualización de obras:

Servicio de puesta al día de obras desactualizadas.



Convenios

Recibe en tu correo electrónico las últimas novedades sobre convenios.



Tienda on-line

Con descuentos exclusivos.

LEX NOVA

Edificio Lex Nova, General Solchaga, 3.
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038 - Fax 983 457 224
www.lexnova.es · clientes@lexnova.es

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 34

Revista de Derecho Penal

© Lex Nova 2011

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Ángel Torío López y Ángel Sanz Morán, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

El texto de todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA

DIRECTORES

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

CONSEJO DE REDACCIÓN

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

M.ª ÁNGELES GALLEGOS MAÑUECO

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

ALFONSO CANDAU PÉREZ

Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LOS RIESGOS PSICO-SOCIALES A TRAVÉS DE LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL

Esther Pomares Cintas 9

TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Asier Urruela Mora y Sergio Romeo Malanda 35

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

Arantza Libano Beristain 75

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DECOMISO Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Francisco Jiménez-Villarejo Fernández 91

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

119

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

125

Sentencia 15/2011, de 28 de febrero: Secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario

125

Sentencia 46/2011, de 11 de abril: Condena en apelación sin vista pública

127

Sentencia 59/2011, de 3 de mayo: Vulneración derecho presunción de inocencia y tutela judicial efectiva en el ámbito penitenciario. Falta de acatamiento de la doctrina del TC

129

Sentencia 67/2011, de 16 de mayo: Acción popular. Legitimación de Delegado especial de Gobierno contra violencia sobre la mujer

132

Sentencia 132/2011, de 18 de julio: Euroorden. Tutela judicial efectiva

134

Sentencia 133/2011, de 18 de julio: Prescripción

136

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	139
Acuerdo del Pleno de 27 de abril de 2011	139
Sentencia 24/2011, de 1 de febrero: Realización arbitraria del propio derecho	139
Sentencia 88/2011, de 11 de febrero: Conformidad. Aclaración de sentencia	142
Sentencia 111/2011, de 22 de febrero: Tentativa desistida	145
Sentencia 100/2011, de 22 de febrero: Estafa	149
Sentencia 195/2011, de 14 de marzo: Casación contra Autos. Recursos	151
Sentencia 156/2011, de 21 de marzo: Entrega directa (extradicción «informal»)	154
Sentencia 204/2011, de 23 de marzo: Prueba pericial caligráfica	155
Sentencia 201/2011, de 25 de marzo: Delito electoral	158
Sentencia 208/2011, de 28 de marzo: Refundición de condenas. Abono de prisión provisional	158
Sentencia 254/2011, de 29 de marzo: Acusación y denuncia falsa	160
Sentencia 318/2011, de 31 de marzo: Responsabilidad civil derivada del delito	164
Sentencia 243/2011, de 6 de abril: Abono de revisión provisional	166
Sentencia 241/2011, de 11 de abril: Tráfico de drogas	170
Sentencia 259/2011, de 12 de abril: Genocidio	173
Sentencia 338/2011, de 16 de abril: Responsabilidad civil	187
Sentencia 320/2011, de 22 de abril: Prueba ilícita. (Conexión de antijuridicidad). Presunción de inocencia	191
Sentencia 348/2011, de 25 de abril: Principio acusatorio	194
Sentencia 321/2011, de 26 de abril: Examen de agenda de teléfono móvil	196
Sentencia 350/2011, de 5 de mayo: Juez ordinario predeterminado por la Ley (Tribunal del Jurado)	201
Sentencia 329/2011, de 5 de mayo: Refundición de condenas. Abono de prisión provisional	202
Sentencia 374/2011, de 10 de mayo: Tráfico de drogas	205
Sentencia 372/2011, de 10 de mayo: Tenencia ilícita de armas	207
Sentencia 511/2011, de 16 de mayo: Estimación de la prescripción en la Audiencia preliminar del abreviado	210
Sentencia 472/2011, de 19 de mayo: Juicio con jurado. Inexistencia de prueba de cargo y absolución	213
Sentencia 517/2011, de 20 de mayo: Incendio	215
Sentencia 483/2011, de 30 de mayo: Incomunicación	216
Sentencia 528/2011, de 6 de junio: Lesiones imprudentes. Transmisión de SIDA	219

	Página
Sentencia 611/2011, de 9 de junio: Retroactividad de los cambios jurisprudenciales	222
Sentencia 542/2011, de 14 de junio: Revisión de condena	225
AUDIENCIAS PROVINCIALES	229
Sentencia 51/2011, AP Lugo, de 1 de abril: Falta de respeto a los agentes de la autoridad: responsabilidad civil	229
Sentencia 48/2011, AP Jaén, de 5 de abril: Incendio forestal imprudente: responsabilidad de la Administración	230
Sentencia 45/2011, AP Ciudad Real, de 6 de abril: Renuncia al Letrado de oficio en el acto de la vista. Nulidad de las actuaciones	231
Sentencia 126/2011, AP Cáceres, de 7 de abril: Delitos contra la propiedad intelectual: responsabilidad civil a favor de la perjudicada	233
Sentencia 132/2011, AP Cáceres, de 7 de abril: Impago de prestaciones familiares: Legitimación del progenitor para reclamar la pensión alimenticia de sus hijos mayores de edad	234
Sentencia 85/2011, AP Jaén, de 7 de abril: Desobediencia: perito que no evacúa el informe interesado por el Juzgado	235
Sentencia 12/2011, AP Salamanca, de 8 de abril: Incumplimiento de obligaciones. Venta de chalés. Estafa	237
Sentencia 40/2011, AP Cuenca, de 12 de abril: Juicio en ausencia del acusado: penas que, sumadas, exceden de dos años	238
Sentencia 43/2011, AP Cuenca, de 12 de abril: Pena de multa: prueba acerca de la capacidad económica del condenado	238
Sentencia 89/2011, AP Jaén, de 15 de abril: Declaración de la víctima como prueba de cargo: absolución por delito de amenazas	240
Sentencia 181/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 15 de abril: Dilaciones indebidas: atenuación «simple» o cualificada	242
Sentencia 154/2011, AP León, de 18 de abril: Falta de dejar sueltos a animales dañinos. Pastor alemán	243
Sentencia 176/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 18 de abril: Nulidad de actuaciones: predeterminación del fallo en la sentencia del juicio de faltas	244
Sentencia 54/2011, AP Salamanca, de 25 de abril: Coacciones: acoso a hombre para que reconozca paternidad biológica	245
Sentencia 21/2011, AP Ciudad Real, de 27 de abril: Expulsión del territorio nacional: arraigo en España; integración en núcleo familiar	246
Sentencia 23/2011, AP León, de 27 de abril: Estafa a la Hacienda Pública: solicitud de devolución de IVA	247
Sentencia 148/2011, AP Cáceres, de 28 de abril: Robo: preeexistencia de los objetos sustraídos	249

	Página
Sentencia 23/2011, AP Ciudad Real, de 28 de abril: Impago de pensiones: incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre responsabilidades civiles.	250
Sentencia 70/2011, AP Lugo, de 28 de abril: Apropiación indebida: agravación por la cuantía de lo defraudado	251
Sentencia 66/2011, AP Badajoz, de 29 de abril: Faltas: incumplimiento del régimen de visitas. Debe tener cierta entidad	252
Sentencia 42/2011, AP Zamora, de 3 de mayo: Hurto: actuación conjunta: suma del valor de lo sustraído	254
Sentencia 16/2011, AP Teruel, de 4 de mayo: Incumplimiento del régimen de visitas: lugar de entrega de los hijos. Falta	254
Sentencia 66/2011, AP Huesca, de 11 de mayo: Prescripción: interrupción por provisión no notificada. Faltas	256
Sentencia 29/2011, AP Segovia, de 24 de mayo: Deficiencia mental. Estafa	257
Sentencia 32/2011, AP Segovia, de 24 de mayo: Responsabilidad civil: daños psicológicos ocurridos por haber sido ridiculizado en internet	258

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2011, RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 5/2010	263
CIRCULAR 2/2011 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES	271

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	283
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	289
DERECHO PROCESAL PENAL	291
RECENSIÓN A LA MONOGRAFÍA: JUSTICIA VERSUS SEGURIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO. ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y GARANTÍAS PROCESALES <i>Patricia Tapia Ballesteros</i>	293

- f) En una interpretación sistemática, si quisieramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el artículo 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige “a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”, que en cierto modo estaría sustituida por la frase “en perjuicio de otro”, contenida en el tipo penal previsto en el artículo 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.
- g) Asimismo la STS 123/2009, de 3 de febrero [...] al analizar el hecho del “acceso” que se ubica en la modalidad básica del artículo 197.2, indica que esta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: 1.^a apoderamiento, utilización o modificación de datos; 2.^a el mero acceso, y 3.^a la alteración o utilización.
- h) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, la modalidad 1.^a exige que el sujeto actúe en perjuicio de tercero, la 3.^a que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2.^a no se exige perjuicio alguno.

Baste advertir que el supuesto típico imputado —mero acceso—, es decir la modalidad 2.^a, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2.^º del artículo 197 CP, constituido por la conducta de “apoderarse, utiliza o modificar” y la de “alterar o utilizar” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2.^º del citado artículo 197 CP, es decir, el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero.

Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2.^a (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles —y con la misma pena— en el inciso segundo.

La solución sería —partiendo de que en el término “tercero” debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo— entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del artículo 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Y en cuanto a la distinción entre datos “sensibles” y los que no lo son, debe hacerse en el sentido de que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el “perjuicio” exigido, mientras que en los datos “no sensibles”, no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia y en el caso presente (STS de 30 de diciembre de 2009), no se ha acreditado —ni se ha articulado prueba en este sentido— de que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico de cabecera —dato administrativo, y en principio, inocuo— del Dr. Bienvenido haya ocasionado perjuicio a éste como titular del dato».

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE^(*)

ARANTZA LIBANO BERISTAIN

Profesora de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte

El presente trabajo pretende analizar el contenido del artículo 191 del Código Penal, precepto en el que se integran las peculiaridades existentes en materia de persecutibilidad, sobre todo en punto a la puesta en marcha del proceso penal, en algunos delitos sexuales. Al respecto, entre las diversas modalidades persecutorias incluidas en dicho artículo del texto penal de 1995, sobresale la de que el Ministerio Fiscal pueda, mediante querella, tras ponderar los legítimos intereses en presencia, incoar el procedimiento sin necesidad de la previa denuncia o querella de la víctima (mayor de edad, capaz y no desvalida). Y es que se trata del único supuesto en que el legislador penal ha dejado, en casos de infracciones penales no perseguibles de oficio, tal posibilidad a la Fiscalía.

Palabras clave: Denuncia, víctima, querella, Fiscalía, perdón, delito sexual.

ABSTRACT

The procedural regulation of sexual offences prosecutable at the request of the offended party

The present work aims to analyze the content of the article 191 of the Penal Code, provision which integrates the existent distinctive features regarding prosecution, mainly about the start up of the penal process, in some sexual offences. In this respect, among the diverse prosecuting modalities included in this article of the penal text of 1995, it stands out that the Prosecutors can, by means of a complaint, after considering the existing rightful interests, commence legal proceedings with no need of the previous report or complaint from the offended person (of legal age, capable and not disabled). And it is the only event in which the criminal lawmaker has left such a possibility, in those cases of criminal offences non liable to prosecution ex officio, to the Prosecutor's office.

Key Words: Report, victim, complaint, Prosecutor's office, pardon, sexual offence.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE.

(*) Esta investigación se inserta en el marco del proyecto de investigación «Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas» [DER2009-10749 (subprograma JURI)], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el FEDER.

1. La iniciación del proceso.

- A) Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal.
- B) Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal. Especial consideración de la cláusula «querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia».

2. El desarrollo del proceso penal.

3. La conclusión del proceso penal: la ineficacia jurídica del perdón.

III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el contenido del artículo 191 del Código Penal, precepto en el que se integran las peculiaridades existentes en materia de perseguitabilidad, sobre todo en punto a la puesta en marcha del proceso penal, en algunos delitos sexuales. En concreto, dicho precepto establece lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

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

Con relación a la mencionada categoría de la perseguitabilidad, cabe señalar que la mayor parte de los delitos en el sistema procesal español son públicos (o perseguitables de oficio), pues el *iustitia puniendo* se aplica con independencia de la actitud y voluntad de la persona que ha resultado ofendida por el hecho delictivo (artículo 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECr—). Sin embargo, existen ciertos tipos delictivos en los cuales la actividad del ofendido cobra especial relevancia, hasta el punto de que sin esa «colaboración» no podrá siquiera incoarse el procedimiento. Dentro de este segundo gran grupo, el de los delitos perseguitables a instancia de parte, cabe distinguir dos regímenes. En primer lugar, el de aquéllos en los que la puesta en marcha del procedimiento constituye una decisión del ofendido, pero que una vez producida aquélla, puede afirmarse que la continuación del proceso queda sustraída de la voluntad de la víctima; si bien, en algunos tipos penales su conclusión queda en sus manos mediante la institución del perdón. Ello da lugar a los delitos, tradicionalmente denominados, semipúblicos (o semiprivados). Frente a la situación anterior, en los delitos privados la propia continuación del procedimiento queda en todo momento vinculada a la actuación del ofendido, de manera que de

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES

renunciar éste a dicha continuación se pondría fin automáticamente al proceso iniciado (artículo 106.II LECr⁽¹⁾).

Los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales se incluyen, con alguna nota específica, en la primera de las dos últimas tipologías referidas, es decir, pertenecen al grupo de los denominados delitos semipúblicos, lo que implica una serie de consecuencias que precisan ser examinadas con detenimiento. Además, tal como será analizado, las características de la víctima (capacidad, edad, etc.) influyen, asimismo, en la esfera de la perseguitabilidad.

II. LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

El hecho de encontrarnos ante uno de los grupos de ilícitos penales que con mayor frecuencia ha sido reformado desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, continuando de esta manera con la (infinita) senda de modificaciones a las que el legislador nos acostumbró con el texto punitivo anterior, hace mantener ciertas cautelas sobre la durabilidad de la regulación actual⁽²⁾, tal como ha quedado evidenciado con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y es que dicha reforma que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010 también ha introducido cambios en el ámbito de los delitos sexuales. Ahora bien, quizás el aspecto que, con diversos matices, ha perdurado al aluvión de reformas, aunque con una tendencia hacia su progresiva publicificación⁽³⁾, ha sido precisamente su consideración como infracciones penales perseguitables a instancia de parte.

(1) En concreto, dicho artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice así: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguén por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan».

(2) Entre los grandes hitos de las últimas reformas habidas en esta materia, pueden destacarse los siguientes: mediante la Ley Orgánica 3/1989 se sustituyó la honestidad por la libertad sexual como bien jurídico protegido; la Ley Orgánica 10/1995 transformó en esencia la regulación otorgada a la libertad sexual; la Ley 35/1995, por la que se establece un sistema de ayudas y asistencia a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraren sin violencia; la Ley Orgánica 11/1999, añadió al rótulo del título VIII, junto con la libertad, la referencia a la indemnidad sexual y, entre otras cuestiones, reformó sustancialmente el delito de acoso sexual. Y, por último, la Ley Orgánica 15/2003 también significó modificaciones como la de incluir junto a la introducción de objetos, la de miembros corporales como referencia específica. Además de todas las reformas comentadas, téngase en cuenta la incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

(3) Por su parte, FUENTES SORIANO, Olga, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir.: Hurtado Pozo, José), Lima-Friburgo (Suiza), Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2001, p. 281, considera que «la entrada en vigor del artículo 191.1 CP supone dar un paso de gigante en el camino de la “publicificación” de los delitos sexuales».

El título VIII del libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad⁽⁴⁾ e indemnidad⁽⁵⁾ sexuales⁽⁶⁾ incluye la agresión y abuso así como el acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y, por último, los relativos a la prostitución y la corrupción de menores⁽⁷⁾. Como se desprende del rótulo del título mismo, el bien jurídico a proteger en tales supuestos resulta indiscutiblemente individual y personal.

Sin embargo, no todas las infracciones penales incluidas en dicho título VIII contienen peculiaridades en el ámbito de la perseguitabilidad, pues hasta la reforma de 2010 éstas sólo se predicaban de los tres primeros capítulos (artículos 178-184), esto es, de la «triple A del sexo» (agresión, abuso y acoso sexual)⁽⁸⁾. Pese a ello, el capítulo VI rubricado «Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores» (a los cinco por tanto) incluía el artículo 191 del Código Penal, exclusivamente referido a la categoría de la perseguitabilidad de los tres primeros capítulos⁽⁹⁾. Esta técnica legislativa —bastante frecuente a la hora de establecer excepciones a la perseguitabilidad de oficio— trae causa del criterio imperante en la clasificación de las infracciones penales, cual es el de su bien jurídico (y no según su perseguitabilidad).

Como ya hemos señalado, la Ley Orgánica 5/2010, que ha entrado en vigor en diciembre de 2010, ha variado el panorama existente hasta el momento. Y es que mediante la citada norma se crea, dentro del título VIII del libro II del Código Penal, un nuevo capítulo II bis «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». La duda que nos

(4) ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 74, compara la diferente visión existente tras ambos bienes jurídicos: «Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad, lo que colorea la ilicitud de la conducta».

(5) Incluido mediante la Ley Orgánica 11/1999. Un sector doctrinal entendía suficiente el concepto de «libertad sexual» para aunar la totalidad de sujetos (también menores e incapaces) que podían ser víctima de un ilícito de los previstos en el título VIII del libro II del Código Penal. Entre otros, podemos destacar a los siguientes autores: LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, 1996, n.º 27, p. 57, nota 44; MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 238 y 239; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 24-29.

(6) Sin embargo, tal como se ha destacado por la doctrina científica, en este título no se incluyen todas las infracciones penales contrarias a la libertad e indemnidad sexual. Por todos, DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, p. 613. En otro sentido, estimamos acertada la reflexión de ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», cit., p. 99, cuando sostiene que esa connotación «sexual» frecuentemente sólo lo es para el autor del hecho delictivo y no, en cambio, para la víctima. De ahí que, como propuesta de *lege ferenda*, ASÚA BATARRITA Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», cit., p. 101, considere más precisa su ubicación como delitos contra la integridad moral.

(7) Se muestran contrarios a configurar estos delitos en un título autónomo por considerar que son una modalidad de infracciones que atentan contra la libertad y que, por ello, debían incluirse en dicho título DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 218-226; LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 50, nota 2.

(8) La expresión es de DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», cit., p. 613.

(9) Destaca también dicho aspecto ORAÁ GONZÁLEZ, Javier, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», *Revista "La Ley"*, n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref. D-186, p. 1349.

suscita tal reforma es si los dos preceptos que integran dicho capítulo II bis (artículos 183 y 183 bis) resultan perseguitables a instancia de parte.

Al respecto, se ha de destacar que el régimen procesal previsto en el artículo 191 de la norma penal, precepto que no se ha visto reformado, se aplicará a «los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales». Además, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 183 como el 183 bis del Código Penal aluden exclusivamente a supuestos donde la víctima es menor de edad (en concreto, menor de trece años)⁽¹⁰⁾. La ubicación otorgada a los delitos de «abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» (capítulo II bis) —detrás de los delitos de agresiones (capítulo I) y abusos (capítulo II) sexuales y antes del delito de acoso sexual (capítulo III)— parece que apunta a que lo señalado en el artículo 191 resultará en tales casos asimismo aplicable. Y el hecho de que tales infracciones penales sólo se refieran a víctimas menores de edad no impide acudir a la categoría de la perseguitabilidad a instancia de parte, dado que el propio artículo 191.1 se refiere a tal supuesto.

En otro orden de cuestiones, se ha de traer a colación lo dispuesto en el artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice así: «Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro (...) tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal». Fácilmente se perciben las importantes diferencias terminológicas —el delito de estupro⁽¹¹⁾ no existe como tal

(10) A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, el artículo 183 del Código Penal establece lo siguiente: «1. El que realice actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya valido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.
- f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera valido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

Asimismo, la Ley Orgánica 5/2010 añade un nuevo artículo 183 bis, que dispone lo siguiente: «El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

(11) El delito de estupro, según el texto penal anterior al Código Penal de 1995, abarcaba las siguientes conductas: «La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleciéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión

en el Código Penal de 1995—, como de fondo —dicho estupro, además, parece que sólo resultaba coincidente con algunas modalidades de abuso sexual— entre el reproducido precepto procesal con respecto a la regulación contenida en el texto penal de 1995.

A modo de conclusión, se constata en la esfera de la delincuencia sexual una reducción de las peculiaridades persecutorias, en el sentido de que cada vez se aproximan en mayor medida a las infracciones penales públicas. Al respecto, cabe destacar la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que posibilita la puesta en marcha del correspondiente proceso penal mediante querella del Ministerio Fiscal, «ponderando los legítimos intereses en presencia», en casos en que la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida. A continuación analizaremos los tres estadios o fases que cabe diferenciar en el ámbito de la perseguitabilidad en los mencionados delitos sexuales:

1. La iniciación del proceso

El Código Penal de 1995 a la hora de establecer peculiaridades en materia de perseguitabilidad en algunas infracciones penales, con el consiguiente alejamiento del criterio general, opta por la diferenciación en función de las características de la víctima que ha sufrido el hecho delictivo. En concreto, ello lleva a distinguir dos grandes regímenes en sede de incoación del proceso: la víctima menor de edad, incapaz o desvalida y la víctima mayor de edad, capaz y no desvalida.

Tal división se observa, asimismo, desde la óptica de la actuación del Fiscal, en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que, desde 1882, establece lo siguiente: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitárlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad». Llama poderosamente la atención la mención a los «delitos contra la honestidad». Al respecto, el citado artículo 105 de la norma procesal penal deberá interpretarse como «una norma procesal en blanco que precisa ser integrada con las correspondientes disposiciones del Código Penal vigente de 1995»⁽¹²⁾. Lo anterior afecta no sólo al ámbito estrictamente

menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado» (artículo 434 del Código Penal —en adelante, CP— derogado); «Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de diecisésis. En este caso la pena será de arresto mayor» (artículo 435 CP derogado); «Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes» (artículo 436 CP derogado).

(12) Aun cuando GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 1.^a ed., Madrid, Colex, 2004, p. 176, se está refiriendo al artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestra opinión dicha afirmación resulta, asimismo, prelicable del artículo 105 de la norma procesal penal.

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES

terminológico⁽¹³⁾, sino también en lo que atañe a los concretos tipos penales no perseguibles de oficio. Y es que de la lectura de dicho artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pareciera que los únicos ilícitos penales que integran actualmente la categoría de las tradicionalmente denominadas infracciones semipúblicas son los sexuales⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, como especificidad del régimen previsto para las agresiones, acoso y abusos sexuales y en concreto para los casos en que la víctima reúne las características mencionadas en segundo lugar (mayor de edad, capaz y no desvalida), la Ley Orgánica 10/1995 ha introducido una novedosa cláusula en el número 1 del artículo 191 del Código Penal que permitirá al Ministerio Fiscal —mediante querella, señala el precepto— la puesta en marcha del correspondiente proceso penal aun sin la concurrencia de la denuncia de la propia víctima.

A) Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal

En primer lugar, al objeto de concretar la figura de la representación legal en estos supuestos en que el interés protegido por el Código Penal es de índole personal (aquí la libertad e indemnidad sexual) se ha de acudir a las normas establecidas al respecto en el Código Civil. Así, los dos supuestos más frecuentes en cuanto a la representación legal de menores de edad e incapaces son, por una parte, la regulación contenida en los artículos 162 y 163 del Código Civil (en adelante, CC), preceptos que se refieren a la representación legal que ostentan los padres con respecto a los hijos menores no emancipados; además, cabe mencionar aquí la prórroga en la patria potestad, con su consiguiente repercusión en materia de representación, que se producirá cuando los hijos incapacitados alcancen la mayoría de edad (*ex* artículo 171 Código Civil). Y, por otra, debe ser mencionada la representación legal que ostenta el tutor según lo dispuesto en los artículos 222 y 267 de la norma civil.

(13) No creemos que resulte desmedida la exigencia de que en la ley procesal penal se produzca el acomodo preciso en relación con aquellos cambios introducidos en la norma penal ya mediante la Ley Orgánica 3/1989, que modificó el bien jurídico a proteger a partir de entonces (libertad sexual) y erradicó la referencia a la honestidad.

(14) En la actualidad, junto con los delitos sexuales objeto de nuestro análisis, se contienen, asimismo, especialidades persecutorias —dejando de lado los delitos «privados» contra el honor, que recoge el artículo 215— en los siguientes preceptos penales: artículo 161 (delito de reproducción asistida no consentida); artículo 201 (delitos de descubrimiento o revelación de secretos); artículo 228 (en relación con los delitos de abandono de familia e impago de pensiones); artículo 267 (delito de daños imprudentes); artículo 287 (delitos contra el mercado y los consumidores); artículo 296 (delitos societarios); artículo 639 (con respecto a las faltas penales contenidas en los artículos 620, 621 y 624.1). Sin embargo, en el momento de aprobarse la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Código Penal de 1870 entonces vigente, las infracciones penales graves que conformaban la categoría de las «semipúblicas» eran algunos delitos contra la honestidad (violación y rapto ejecutado con miras deshonestas). En concreto, el artículo 463.I y II del Código Penal de 1870 decía así: «No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agravada ó de sus padres, ó abuelos ó tutor.

Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia (...)» [Cursiva añadida]. Tal como se desprende del precepto reproducido, las expresiones «a instancia de» y «formalizar instancia» equivalían a los delitos privados en lo que se refiere a la incoación del proceso.

Destaca, en comparación con la regulación contenida en el Código Penal anterior (artículo 443.I⁽¹⁵⁾), la ausencia de toda referencia al guardador de hecho. Al respecto, y de acuerdo con MARCOS AYJÓN, cabe tildar de desafortunada tal omisión⁽¹⁶⁾. Y es que la presentación de denuncia por quien, sin ser representante legal del menor o incapaz, tiene su guarda y custodia, cobra cierto sentido en supuestos de acogimiento. Aun con todo, dicha ausencia puede resultar de alguna manera suplida a través de la denuncia del Ministerio Fiscal, tal como ha puesto de relieve el propio MARCOS AYJÓN⁽¹⁷⁾.

No obstante lo anterior, la aplicación de la mencionada regulación civil en el proceso penal no ofrece solución a algunas cuestiones de difícil respuesta. Veamos algunas de ellas. En primer lugar, la referencia a la «persona desvalida» resulta una mención un tanto vaga e indefinida, ya que lo único que se desprende del tenor del artículo 191.1 del Código Penal es que se trata de una tercera categoría, distinta de la minoría de edad y de la incapacidad⁽¹⁸⁾. Sin embargo, a partir de ahí todos son interrogantes pues no es claro cuándo existe desvalimiento, ni si en tales casos resultarán válidas tanto la denuncia (sin necesidad de querella) del Ministerio Fiscal como la de la propia víctima. Tal imprecisión genera cierta inseguridad jurídica, máxime si se tiene presente que en la normativa anterior el legislador no se refirió en los delitos sexuales con peculiaridades en materia de perseguitibilidad a la situación de desvalimiento, al aludir el artículo 443 del Código Penal derogado, tras la Ley Orgánica 3/1989, exclusivamente a los menores o incapaces como segunda gran categoría de víctimas.

Además, existen supuestos en los que la aplicación de la legislación civil puede comportar soluciones un tanto insatisfactorias. En concreto, nos referimos al siguiente su-

(15) El artículo 443.I del texto penal anterior establecía lo siguiente: «Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se trate de menores o incapaces».

(16) MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», *Tribunales de Justicia*, 1997, n.º 6, p. 651.

(17) MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., pp. 651 y 652.

(18) En cambio, no quedaba claro que fuera ésta la acepción empleada en el artículo 602 del Código Penal anterior, que establecía lo siguiente: «En las faltas perseguitibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal.

El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida. (...) [Cursiva añadida]. La duda también se planteaba con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 3/1989 en el Código Penal derogado. Al respecto, téngase en cuenta la redacción de los tres primeros párrafos del artículo 443 del texto penal en aquel entonces: «Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden.

Por los menores de diecisésis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.

El Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio, en los casos que consideren oportunos, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida [Cursiva añadida]. Por último, tampoco parecía ser ésa la intención del legislador del Código Penal de 1870, pues del precepto que reproducimos a continuación cabría extraer como consecuencia que se trataba de una submodalidad de la minoría de edad y de la incapacidad. En concreto, el artículo 463.III del texto penal de 1870 disponía lo siguiente: «Si la persona agraviada careciera por su edad o estado moral de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico ó el Fiscal por fama pública» [Cursiva añadida].

puesto: como regla general, la representación legal se extingue, entre otras causas, por el fallecimiento del representado (artículos 169.1.^o y 171.1.^o CC, en relación con la patria potestad; artículo 276.3.^o CC, para con la tutela). Ahora bien, cabe plantearse si sería posible la presentación de denuncia por el representante legal —aun en contra del parecer del Ministerio Fiscal—, tras la muerte de la víctima menor de edad o incapaz, cuando el motivo de no haber denunciado con anterioridad el representante legal del menor o incapaz fue precisamente para no causar ulteriores daños a quien ya había sido objeto de una agresión, abuso o acoso sexual. Una aplicación rigurosa de la ley civil excluiría tal opción, dado que la categoría de la representación ha quedado extinguida. Sin embargo, desde una interpretación teleológica podría llegar a resultar admisible, aun con alguna duda al respecto, tal supuesto. Otra cuestión de interés es la discrepancia que pudiera existir a la hora de presentar la correspondiente denuncia entre el representado (menor de edad o incapaz) y el representante⁽¹⁹⁾.

Debemos destacar, asimismo, el debate doctrinal suscitado en lo que respecta a la existencia o no de una prelación en los sujetos facultados para remover el escollo e incoar así el correspondiente proceso penal. Al respecto, encontramos opiniones contrapuestas en torno a si la intervención de la Fiscalía resulta escalonada⁽²⁰⁾ o, por el contrario, se halla a un mismo nivel y resulta alternativa⁽²¹⁾ a la del representante legal. El tema viene de antiguo, dado que el anterior artículo 443 del Código Penal sí que establecía expresamente una preferencia que debía ser respetada («por este orden»). El Código Penal de 1995, en cambio, ha omitido cualquier tipo de prelación al respecto. En nuestra opinión, el Ministerio Fiscal debería tener en cuenta la decisión del representante legal en punto a la no presentación de denuncia. Entendemos así, que existe en el caso del Ministerio Fiscal una especie de subordinación, o, como mínimo, de toma en consideración de la voluntad reacia del representante legal en torno a la presentación de la correspondiente denuncia. Además, en relación con la actuación de la Fiscalía en casos de menores, incapaces y personas desvalidas, consideramos que dicha intervención no puede ser en ningún caso automática, pese a no existir —a diferencia de lo que sucede cuando la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida— cláusula alguna que prevea la necesidad de realizar algún tipo de ponderación⁽²²⁾. Aun con todo, somos conscientes de que la literalidad de la ley puede llevar a preferir en ambos casos la solución contraria.

(19) Al respecto, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.^a ed., Barcelona, Atelier, 2002, p. 142, señala que «hubiera sido necesario aclarar si tal representante puede obrar en contra de la voluntad del ofendido. En mi opinión, tratándose de mayores de edad, no».

(20) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, «El delito de acoso sexual», *Poder Judicial*, 3.^a época, 1997 (II), n.º 46, p. 320; MATAILLÓN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia, Revista General del Derecho, 2000, p. 84, aun cuando reconoce la admisibilidad de la interpretación contraria.

(21) CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *Revista "La Ley"*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref.º D-366, p. 1632.

(22) En sentido semejante, LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61, quien realiza la siguiente observación: «no se requiere ponderación alguna de los intereses que pudieran concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento, en especial cuando la víctima, mayor de edad, no se encuentra en condiciones de realizar la denuncia». En cambio, CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632, entiende que en estos supuestos el Ministerio Fiscal deberá formular denuncia en todo caso.

B) Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal. Especial consideración de la cláusula «querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia»

La segunda categorización de víctima abarca los supuestos en que concurren los tres siguientes caracteres: mayoría de edad, capacidad y no desvalimiento. Si faltara alguna de dichas notas, entraría en juego el régimen anteriormente expuesto. En los casos en que el titular del bien jurídico protegido (la libertad sexual) reúne esas tres características apuntadas, el Código Penal de 1995 establece dos posibilidades a la hora de remover el obstáculo existente: la denuncia de la víctima o la querella de la Fiscalía.

Tampoco aquí resulta cuestión pacífica la de si ambas intervenciones en sede de incoación del proceso —la de la víctima y la del Ministerio Fiscal— resultan entre sí alternativas o subordinadas⁽²³⁾. Nos resulta preferible el criterio de que la actuación de la acusación pública se produzca de manera secundaria, esto es, tras conocer y haber oído las razones de la víctima para no presentar la correspondiente denuncia.

a) Denuncia de la víctima

La primera de las posibilidades previstas en el artículo 191.1 del Código Penal para este tipo de víctimas conforma precisamente la diferencia más característica existente entre el régimen general y el establecido en las infracciones penales semipúblicas. Y es que tales requisitos subjetivos y de forma en sede de incoación del proceso concurrirán, en principio, en todos los delitos y faltas no perseguibles de oficio⁽²⁴⁾. En estos casos, por tanto, la denuncia (como mínimo) de la víctima capaz y no desvalida que ha cumplido los dieciocho años removerá el escollo existente en materia de perseguitabilidad.

b) Querella del Ministerio Fiscal

Sin embargo, la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que permite al Ministerio Fiscal, mediante la ponderación⁽²⁵⁾ y⁽²⁶⁾ de los legítimos intereses en presencia, la incoación del proceso penal por un delito de agresión, acoso o abuso sexual en casos en que la víctima no entra en ninguna de las tres categorías que para el legislador precisan de una protección reforzada, reviste sin género de duda una de las novedades más llamativas en materia de perseguitabilidad. Su relevancia se ha de relacionar con la apertura que supone

(23) De esta opinión BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 230.

(24) Como excepción a lo anterior, cabe destacar lo establecido para los procesos por delito privado, donde se requiere de la presentación de querella (no resulta, por tanto, suficiente la denuncia).

(25) En opinión de un sector de la doctrina, que no compartimos, tal decisión adoptada por el Ministerio Fiscal en este punto no resulta revisable por el órgano judicial: BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., p. 230; ARIAS EIBE, Manuel José, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», *Actualidad Penal*, 2001, n.º 17, p. 384.

(26) Según MONTALBÁN HUERTAS, María Inmaculada, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», *Jueces para la democracia*, 1998, n.º 32, p. 65, dicha ponderación requiere de la previa audiencia a la víctima, opinión esta que compartimos.

—sin saber a ciencia cierta en qué supuestos resultará de aplicación— para que el Ministerio Público pueda válidamente incoar el proceso penal por infracción semipública cuando la persona agraviada es plenamente capaz⁽²⁷⁾.

La redacción del artículo 191.1 del Código Penal ha permanecido invariada desde la entrada en vigor de la norma penal actualmente vigente. Por su parte, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha continuado por esa senda, y no ha reformado el mencionado artículo 191.1. Sobre el particular, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene referencia alguna, dado que en su artículo 105 sólo se alude a la intervención del Fiscal en las causas por los delitos contra la honestidad «cuando se trate de una víctima desvalida o falta de personalidad»⁽²⁸⁾.

La doctrina dominante⁽²⁹⁾ contrapone a la hora de fijar los elementos que integran la ponderación exigida en el artículo 191.1 del Código Penal, por un lado, la persecución de unos hechos aparentemente constitutivos de una infracción penal (a modo de interés público); y, por otro, la preservación de la intimidad de la víctima (como un bien de carácter más personal)⁽³⁰⁾. Sin embargo, entendemos que precisamente ése es el origen (uno de los orígenes) de la propia existencia de las infracciones penales no perseguibles de oficio, donde la víctima será quien haya de decidir sobre dicho extremo. Por ello, no consideramos plenamente satisfactoria aquella interpretación, pues desplazaría su ámbito decisorio de la víctima a la Fiscalía.

Independientemente de la posición que se mantenga en torno a la cláusula comentada, no queda en ningún caso explicado —aun cuando normalmente se la haya ligado con la esfera íntima a la que afectan dichos supuestos— por qué se ha concedido esta facultad al Ministerio Fiscal sólo en los delitos de agresión, acoso y abuso sexual en que la víctima

(27) Un sector de la literatura penal efectúa una valoración positiva en torno a dicha cláusula. Así, MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., cit., p. 303; LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61; CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632. En cambio, merece la dura crítica de QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 142: «Se trata, salvo mejor opinión, de una muestra de estado paternalista que sólo *cum grano salis* puede ser admitida; por ejemplo, vejaciones sexuales generalizadas (en una institución cerrada), acoso sexual extendido en una empresa, (...). Fuera de casos análogos, donde la impotencia y el miedo de los agraviados sea moneda común, no parece lícita la intervención del Ministerio fiscal, pues infligirá a la víctima más daño del que se quiere reparar».

(28) Recordemos que el artículo 191.1 *in fine* del Código Penal también se refiere a este supuesto, al establecer lo siguiente: «Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal».

(29) Tal cuestión ha sido estudiada en LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, Barcelona, J.M. Bosch, 2011, pp. 443-451. Con independencia de su análisis en dicha sede, nos gustaría destacar aquí la opinión de ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 184-186, 417-423, quien precisamente intenta dotar de una significación restrictiva a dicha cláusula.

(30) Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 179, considera que el «interés que ha de legitimar la interposición por parte del Ministerio Fiscal de una querella, en contra incluso de la voluntad de la ofendida, no puede ser otro sino el *interés público en la prevención de la libertad sexual en tanto bien jurídico, no sólo individual, sino también socialmente relevante*» [Cursiva añadida].

es mayor de edad y capaz. Los chantajes a los que puede verse sometida dicha persona no justifican la interferencia consistente en que el Ministerio Público pueda finalmente tener en sus manos la decisión sobre tal aspecto. Por ello, el argumento de que, ante la desaparición paulatina de los efectos del perdón en esta esfera de la criminalidad, la totalidad de las presiones se concentrarán en el momento inicial del proceso, no deviene motivo suficiente a la hora de legitimar la novedosa intervención del Ministerio Fiscal para que remueva el escollo previsto por el legislador.

Ello obligaría, asimismo, a justificar por qué en los delitos semipúblicos contra la libertad sexual el Ministerio Público tiene en sus manos dicha decisión, y no así en el resto de infracciones penales no perseguibles de oficio (*ex artículos 161.2, 201.1, 215.1, 228, 267. II, 287.1, 296.1 y 639.I*) en que la víctima es una persona mayor de edad y capaz. Quizá el problema final resida en que el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso consistente en convertir los delitos de agresión, abuso y acoso sexual en públicos, y tuvo que acudir al subterfugio previsto en el artículo 191.1 del Código Penal a fin de posibilitar algún tipo de control público sobre tal cuestión.

En nuestra opinión, una vez la víctima mayor de edad y capaz ha mostrado su negativa al comienzo del proceso penal no puede dejarse en manos de la Fiscalía una especie de «comodín» final que le permita, en contra de aquélla, incoar dicho procedimiento. El argumento de que su actividad debería realizarse en forma de querella, a modo de garantía, nos parece insuficiente para intentar dotar de sentido a su intervención. Además, entendemos que dicha facultad carece de límites, por más que se venga diciendo que debería resultar excepcional. Y es que nada impide que se pudiera mantener en la Fiscalía el criterio contrario, convirtiendo así —de hecho, ya que de la letra del Código Penal parece desprenderse otra conclusión— en públicos los delitos de agresión, acoso y abuso sexual con víctima mayor de edad y capaz. Se estaría sustrayendo del monopolio de la víctima la cuestión relativa a la conveniencia de perseguir ese hecho, para dejar la decisión final sobre tal aspecto a la Fiscalía.

Bajo nuestro punto de vista, y dada la literalidad de la ley, la tarea asignada al Ministerio Fiscal ha de consistir en la comprobación de que la decisión adoptada por la víctima en cuanto a la no persecución de tales hechos ha sido tomada de manera voluntaria. A nada más debería extenderse el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en dichos casos cuando tras oír a la víctima se llega a la conclusión de que ésta ha actuado libremente, con independencia de sus razones. Se trata de comprobar así que la voluntad del titular del bien jurídico lesionado no estaba mermada o disminuida. Para concretar el citado ámbito, quizás sirva de soporte inicial el artículo 1265 del Código Civil, previsto en la esfera de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Dicho precepto considera nulo el consentimiento prestado «por error, violencia, intimidación o dolo».

Y es que si el legislador entiende que en estos casos de delitos sexuales —recordemos la gravedad que alcanzan algunas de estas infracciones— la víctima no puede tener en sus manos tan importante decisión, debería modificar su perseguitabilidad y convertirlas en públicas. En cualquier caso, nos parece que la introducción de fórmulas como la contenida en el artículo 191.1 del Código Penal, que no se sabe bien cómo interpretar, debe ser una técnica legislativa a erradicar.

De esta manera, pues, los dos pesos ínsitos en toda ponderación quedarían integrados por la decisión de la víctima en punto a la persecución o no de dicho hecho con apariencia de delito de los contemplados en los artículos 178-184 del Código Penal. Sólo a ella le compete dicha decisión y el Ministerio Público habrá de velar únicamente por que la víctima al decantarse por una de las dos opciones de que goza haya actuado de manera libre. Lógicamente dicha decisión la debería poder tomar la víctima de un delito de agresión, abuso o acoso sexual habiendo sido informada de los aspectos básicos, pero más relevantes para su persona, que conlleva la sustanciación de un proceso penal. Y es que se trata de evitar en la medida de lo posible la denominada victimización secundaria consecuencia del mismo devenir procesal.

2. El desarrollo del proceso penal

Se ha planteado en la esfera de los procesos penales por agresión, abuso o acoso sexual con especial intensidad el tema relativo a la posibilidad, una vez removido el escollo inicial, de que la acusación popular se muestre como parte procesal. Se constata la división de la doctrina en relación con esta cuestión. Sin embargo, las opiniones que habitualmente dan los autores se limitan a admitir o negar dicha posibilidad, sin ofrecer razonamiento alguno sobre tal parecer. Por nuestra parte, entendemos que una vez incoado válidamente el proceso penal por infracción semipública no han de existir ulteriores restricciones en lo que respecta al ejercicio de la acción penal.

A tal efecto, consideramos que el único escollo que pudiera alegarse para la admisión de la acción popular en tales casos lo constituye la literalidad del término «ciudadano» previsto en el artículo 125 de la Constitución⁽³¹⁾. Resulta innegable que inicialmente dicha institución se reconocía en exclusiva a las personas físicas, pero a día de hoy su utilidad quedaría muy mermada si se denegara su ejercicio por personas jurídicas⁽³²⁾. En esta línea, actualmente resulta opinión más bien pacífica en la doctrina y jurisprudencia la admisión de la extensión del vocablo «ciudadano» tanto a la esfera de las personas físicas como también a la de las jurídicas (en principio, privadas). Si se parte de esta premisa, no encontramos fundamento alguno para negar el ejercicio de la acción a la acusación popular en las infracciones penales semipúblicas. En suma, bajo nuestro punto de vista, y si se comparte la premisa anterior, el acusador popular, una vez presentada la denuncia por persona facultada para ello, puede intervenir en dicho proceso penal.

Pero incluso se encuentran posiciones aún más permisivas con respecto a la intervención de la acusación popular en tales infracciones penales. Así, se ha llegado a plantear la posibilidad de que una asociación (por ejemplo, para la defensa de los derechos de mujeres que han sufrido un delito de violación) pudiera ejercitar la acción penal popular sin la pertinente denuncia de la persona agraviada, es decir, pudiera con su actuación incoar el proceso penal. En este sentido, OROMÍ VALL-LLOVERA se cuestiona la admisibilidad de dicha opción: «Por un lado, parece que la respuesta debe ser negativa, pues, para iniciar

(31) Dicho precepto constitucional dice así: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...).

(32) Para un estudio detallado de la cuestión, puede consultarse PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998, pp. 363-413.

un proceso penal por violación se requiere la previa denuncia del ofendido. Por otro lado, sin embargo, si el perjudicado no presenta dicha denuncia, como sucede habitualmente a causa del miedo y desequilibrio que este delito ocasiona a la víctima, ¿por qué no puede admitirse que la mencionada asociación presente acción popular en defensa de la legalidad y de los intereses generales, si se reúnen todas las condiciones y requisitos necesarios para su ejercicio?»⁽³³⁾. Por su parte, BANACLOCHE PALAO disiente del planteamiento mostrado por la mencionada autora y considera que «la solución para estos casos (...) podría más bien estar en la modificación legal de la condición de semipúblicos de este tipo de delitos, o en permitir que el Fiscal también pueda actuar contra esos comportamientos (como de hecho ya está previsto en la legislación penal española)»⁽³⁴⁾.

En conclusión, consideramos que se han de distinguir dos ámbitos en relación con la intervención de la acusación popular en los procesos por infracciones penales semipúblicas. Así, en primer lugar, nos parece que, si se admite la premisa anteriormente mencionada («ciudadano» = persona física+persona jurídica), no existe razón alguna para negar la acción *quavis ex populo*, eso sí, siempre que la víctima haya presentado previamente denuncia. En cambio, creemos que la acción popular no puede servir para incoar el proceso penal por infracción semipública, dado que justamente la característica que distingue estos delitos y faltas semipúblicos de los perseguibles de oficio es la exigencia (como mínimo) para poner en marcha el proceso penal de denuncia del titular del bien jurídico vulnerado.

3. La conclusión del proceso penal: la ineficacia jurídica del perdón

La progresiva eliminación de los efectos jurídicos del perdón⁽³⁵⁾ en los delitos sexuales semipúblicos se pone de relieve en el momento en que la Ley Orgánica 8/1983 suprimió de su radio de acción el delito de violación⁽³⁶⁾; la Ley Orgánica 3/1989 continuó dicha senda y dejó sin efectos jurídicos el perdón en el resto de las infracciones penales sexuales. Por su parte, el Código Penal de 1995 ha mantenido dicha situación y el artículo 191.2 del Código Penal vigente establece en relación con los delitos de agresiones, acoso o abusos

(33) OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *El ejercicio de la acción popular*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 84 y 85.

(34) BANACLOCHE PALAO, Julio, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 23 y 24, nota 22.

(35) Para un estudio detallado de la institución, pueden consultarse los siguientes trabajos de MARTÍN RÍOS, María del Pilar: «Cuestiones procesales problemáticas en torno al perdón del ofendido», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 705-723 y, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2010, n.º 24, pp. 31-43.

(36) A partir de entonces y hasta la Ley Orgánica 3/1989, los apartados IV a VI del artículo 443 del Código Penal anterior disponían lo siguiente: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal.

Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.

En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, no extingue la acción penal».

sexuales que «el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Sin embargo, tal referencia resultaba innecesaria⁽³⁷⁾, dado que el artículo 130.1.5.º de la ley penal —precepto insertado entre las disposiciones generales del Código Penal— exige, a diferencia del anterior artículo 25.I del Código Penal derogado⁽³⁸⁾, previsión legal expresa para que el perdón ostente virtualidad jurídica.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ARIAS EIBE, Manuel José, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», *Actualidad Penal*, 2001, n.º 17, pp. 343-390.
- ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Ánalisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1998, pp. 45-101.
- BANACLOCHE PALAO, julio, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 9-54.
- BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Bosch, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord.: Gracia Martín, Luis), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *Revista "La Ley"*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref. D-366, pp. 1626-1633.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, pp. 597-615.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, Bosch, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch, 1985.
- FUENTES SORIANO, Olga, «La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir.: Hurtado Pozo, José), Lima-Friburgo (Suiza), Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2001, pp. 273-289.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., Madrid, Colex, 2004.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, 1996, n.º 27, pp. 50-61.

(37) Como botón de muestra, véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord.: Gracia Martín, Luis), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 353.

(38) El mencionado artículo 25.I del Código Penal derogado establecía lo siguiente: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querella del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley».

LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, Barcelona, J.M. Bosch, 2011.

MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», *Tribunales de Justicia*, 1997, n.º 6, pp. 643-659.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, «Cuestiones procesales problemáticas en torno al perdón del ofendido», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 705-723.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2010, n.º 24, pp. 31-43.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia, Revista General del Derecho, 2000.

MONTALBÁN HUERTAS, María Inmaculada, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», *Jueces para la democracia*, 1998, n.º 32, pp. 65-70.

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999.

ORAÁ GONZÁLEZ, Javier, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», *Revista "La Ley"*, n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref. D-186, pp. 1343-1350.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *El ejercicio de la acción popular*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

PÉREZ GIL, julio, *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., Barcelona, Atelier, 2002.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, «El delito de acoso sexual», *Poder Judicial*, 3.ª época, 1997 (II), n.º 46, pp. 287-326.

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DECOMISO Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

FRANCISCO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ⁽¹⁾

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y
Director del Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca (Chile)
rcarnevali@utalca.cl

RESUMEN

Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos

La transposición de la Decisión Marco relativa al decomiso del producto, instrumentos y bienes relacionados con el delito, de 25 de febrero de 2005, que inspira la aproximación de los instrumentos legales contemplando el decomiso ampliado a lo largo de los Estados miembros de la Unión Europea, juega un papel importante en la actual política criminal nacional en la lucha contra la criminalidad organizada mediante la privación de los productos, así como los instrumentos del delito a los delincuentes, como una realización del concepto «que el delito no resulte provechoso». Aunque el reconocimiento mutuo es uno de los principios básicos establecidos en el Tratado de Lisboa para la cooperación internacional, la implementación a nivel nacional y posterior aplicación de las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2006/783/JAI permanece incompleta como consecuencia de una falta de claridad y coherencia en los textos y su cohabitación con convenios de asistencia mutua. Este artículo analiza las novedades de la legislación española en decomiso desde un punto de vista material y procesal, en concreto la Ley 4/2010 para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la transposición a la normativa nacional de la Decisión de 2007 sobre las Oficinas de Recuperación de Activos (AROs).

Palabras clave: Decomiso, crimen organizado, decomiso ampliado, confiscación civil, investigación patrimonial, reconocimiento mutuo, asistencia mutua, recuperación de activos, AROs.

ABSTRACT

Spanish legal novelties on confiscation and assets recovery in the fight against organised crime

The implementation of the Framework Decision on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property of 25 February 2005, which commands harmonisation throughout the European Union Member States of legal instruments covering extended powers of confiscation, play important part in the current domestic policy of fighting organized crime by depriving offenders of the proceeds as well as instrumentalities of crime, as a fulfillment of the 'crime does not pay' concept. Despite mutual recognition is one on the basis principles established in the Treaty of Lisbon for the International Cooperation, implementation at national level and later application remains incomplete with regard to Framework Decisions 2003/577/JHA and 2006/783/JHA as a result of a lack of clarity and coherence in the texts and the cohabitation with mutual legal assistance conventions. This paper analyses the novelties of the Spanish legislation on confiscation from a substantive and procedural perspective, in particular our law No. 4/2010 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders and the national transposition of the AROs 2007 Council Decision.

Key Words: Confiscation, organized crime, extended powers of confiscation, civil confiscation, patrimonial investigation, mutual recognition, mutual legal assistance, recovering assets, AROs.

(1) Fiscal Delegado de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en la Fiscalía Provincial de Málaga y punto de contacto de la Red Judicial Europea.