

# La delincuencia sexual y el papel de la víctima en el proceso penal

Arantza Libano Beristain

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona

## 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 perseguitibilidad, sobre todo en cuanto 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 perseguitibilidad, cabe señalar que la mayor parte de los delitos en el sistema procesal español son públicos (o perseguitibles de oficio), pues el *ius puniendi* se aplica con independencia de la actitud y voluntad de la persona que ha resultado ofendida por el hecho delictivo (art. 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 o iniciarse el procedimiento. Dentro de este segundo gran grupo, el de los delitos perseguitibles a instancia de parte,

\* Este trabajo 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.

cabe distinguir dos regímenes. En primer lugar, el de aquellos en los que la puesta en marcha del procedimiento constituye una decisión del ofendido, pero que una vez producida aquella, puede afirmarse que la continuación del proceso queda sustraída de la voluntad de la víctima; si bien, en algunos tipos penales la conclusión del mismo queda en sus manos mediante la institución del perdón. Ello da lugar a los delitos, tradicionalmente denominados, semipúblicos. 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 renunciar este a dicha continuación se pondría fin automáticamente al proceso iniciado (art. 106.II LECr.<sup>1)</sup>).

Los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales se incluyen 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, mayoría de edad, desvalimiento, etc.) influyen, asimismo, en la esfera de la perseguitibilidad.

Por todo ello, la categoría de la perseguitibilidad será estudiada con respecto a estos supuestos, básicamente, diferenciando los tres estadios o etapas que la misma abarca: *a) la iniciación —o incoación— del proceso penal; b) su desarrollo; y, c) la finalización del mismo.*

## 1. Los delitos sexuales perseguitibles 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<sup>2</sup>, hace mantener ciertas cautelas sobre la durabilidad de la regulación actual, tal como ha quedado evidenciado con

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 extinguirán 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 estos 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.

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, quizá el aspecto que, con diversos matices, ha perdurado al aluvión de reformas, aunque con una tendencia hacia su progresiva publificación<sup>3</sup>, ha sido precisamente su consideración como infracciones penales perseguibles a instancia de parte.

El título VIII del libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad<sup>4</sup> e indemnidad<sup>5</sup> sexuales<sup>6</sup> 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 a la corrupción de menores<sup>7</sup>. 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 las mismas solo se predicaban de los tres primeros capítulos (arts. 178-184), esto es, de la «triple A del sexo» (agresión, abuso y acoso sexual)<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>. 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).

3. Por su parte, Fuentes Soriano (2001: 281) considera que «la entrada en vigor del art. 191.1 CP supone dar un paso de gigante en el camino de la ‘publificación’ de los delitos sexuales».

4. Asúa Batarrita (1998: 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 restricción 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 (1996: 57 nota 44); Morales Prats y García Albero (1999: 238, 239); Díez Ripollés (1985: 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 (1996: 613). En otro sentido, estimamos acertada la reflexión de Asúa Batarrita (1998: 99), cuando sostiene que esa connotación «sexual» frecuentemente solo 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 (1998: 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 (1981: 218-226); Lamarca Pérez (1996: 50 nota 2).

8. La expresión es de De Toledo y Ubieto (1996: 613).

9. Destaca también dicho aspecto Oraá González (1996: 1349).

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 suscita tal reforma es si los dos preceptos que integran dicho capítulo II bis (arts. 183 y 183 bis) resultan perseguibles 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)<sup>10</sup>. La ubicación otorgada a los delitos de «abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» (cap. II bis) —detrás de los delitos de agresiones (cap. I) y abusos (cap. II) sexuales y antes del delito de acoso sexual (cap. 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 solo se refieran a víctimas menores de edad no impide acudir a la categoría de

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 concurra 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 esta 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».

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<sup>11</sup> no existe como tal en el Código Penal de 1995—, como de fondo —dicho estupro, además, parece que solo 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, aproximándose cada vez en mayor medida a las públicas. En este sentido, 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:

## 2. 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: *a) la víctima menor de edad, incapaz o desvalida; y, b) 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

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, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado» (art. 434 CP derogado); «Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso la pena será de arresto mayor» (art. 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» (art. 436 CP derogado).

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 ejercitarse 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»<sup>12</sup>. Lo anterior afecta no solo al ámbito estrictamente terminológico<sup>13</sup>, 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 parecería que los únicos ilícitos penales que integran actualmente la categoría de las tradicionalmente denominadas infracciones semipúblicas son los sexuales<sup>14</sup>.

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.

12. Aun cuando Gimeno Sendra (2004: 176) se está refiriendo al artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestra opinión dicha afirmación resulta, asimismo, predicable del artículo 105 de la norma procesal penal.

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 art. 215— en los siguientes preceptos penales: art. 161.2 (delito de reproducción asistida no consentida); art. 201 (delitos de descubrimiento o revelación de secretos); art. 228 (en relación con los delitos de abandono de familia e impago de pensiones); art. 267.II (delito de daños imprudentes); art. 287.1 (delitos contra el mercado y los consumidores); art. 296.1 (delitos societarios); art. 639.I (con respecto a las faltas penales contenidas en los arts. 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 agravuada 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.

## 2.1. 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 (Ccivil). 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, 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 art. 171 Ccivil*). 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.

Destaca, en comparación con la regulación contenida en el Código Penal anterior (art. 443.I<sup>15</sup>), la ausencia de toda referencia al guardador de hecho. Al respecto, y de acuerdo con Marcos Ayjón (1997: 651), cabe tildar de desafortunada tal omisión. 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 (1997: 651, 652).

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<sup>16</sup>. Sin embargo, a partir de ahí todos son interro-

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. En cambio, no quedaba claro que fuera esta la acepción empleada en el artículo 602 del Código Penal anterior, que establecía lo siguiente: «En las faltas perseguibles 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.

gantes 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 supuesto: como regla general, la representación legal se extingue, entre otras causas, por el fallecimiento del representado (arts. 169.1º, 171.1º Ccivil en relación con la patria potestad; art. 276.3º Ccivil 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<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup> o, por el contrario, se halla a un mismo nivel y resulta alternativa CANCIO MELIÁ (1996: 1632) a la del representante legal. El tema viene de antiguo, dado que el anterior artículo 443

---

Por los menores de dieciséis 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 esa 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 careciere por su edad ó 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].

17. Al respecto, Queralt Jiménez (2002: 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».

18. Suárez-Mira Rodríguez (1997: 320); Matallín Evangelio (2000: 84), aun cuando reconoce la admisibilidad de la interpretación contraria.

del Código Penal sí que establecía expresamente una preferencia que debía ser respeta-  
da («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 subordina-  
ción, o, como mínimo, de toma en consideración de la voluntad reacia del represen-  
tante legal en torno a la presentación de la correspondiente denuncia. Además, en re-  
lación con la actuación de la Fiscalía en casos de menores, incapaces y personas  
desvalidas, consideramos que dicha intervención no puede ser en ningún caso auto-  
mática, 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<sup>19</sup>. Aun con todo, somos conscientes de que la literalidad de la ley  
puede llevar a preferir en ambos casos la solución contraria.

## **2.2. Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal**

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 caracterís-  
ticas apuntadas, el Código Penal de 1995 establece dos posibilidades a la hora de re-  
mover 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<sup>20</sup>. 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.

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 concurri-  
rán, en principio, en todos los delitos y faltas no perseguibles de oficio<sup>21</sup>. En estos ca-

19. En sentido semejante, Lamarca Pérez (1996: 61), quien hace 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 (1996: 1632), entiende que en estos supuestos el Ministerio Fiscal deberá formular denuncia en todo caso.

20. De esta opinión Begué Lezaun (1999: 230).

21. 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).

sos, por tanto, la denuncia de la víctima capaz y no desvalida que ha cumplido los dieciocho años removerá el escoollo existente en materia de persegubilidad.

Sin embargo, la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que permite al Ministerio Fiscal, mediante la ponderación<sup>22</sup> <sup>23</sup> 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 persegubilidad. Su relevancia se ha de relacionar con la apertura que supone —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 agravuada es plenamente capaz<sup>24</sup>.

### 3. 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 escoollo 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 tal 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 relación con el ejercicio de la acción penal.

A tal efecto, consideramos que el único escoollo 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<sup>25</sup>. Resulta innegable que inicialmente dicha institución se reconocía en exclusiva a las personas físicas, pero a día de hoy la utilidad de la misma quedaría muy mermada si se denegara su ejercicio por personas jurídicas<sup>26</sup>. En esta línea, actualmente resulta opinión más bien pacífica en la

22. 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 (1999: 230); Arias Eibe (2001: 384).

23. Según Montalbán Huertas (1988: 65), dicha ponderación requiere de la previa audiencia a la víctima, opinión esta que compartimos.

24. Un sector de la literatura penal efectúa una valoración positiva en torno a dicha cláusula. Así, Morales Prats y García Albero (1999: 303); Lamarca Pérez (1996: 61); Cancio Meliá (1996: 1632). En cambio, merece la dura crítica de Queralt Jiménez (2002: 142): «Se trata, salvo mejor opinión, de una muestra de estado paternalista que sólo *cum grano salis* puede ser admitida; p. ej., 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 agraviadados sea moneda común, no parece lícita la intervención del Ministerio fiscal, pues infligirá a la víctima más daño del que se quiere reparar».

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

26. Para un estudio detallado de la cuestión, puede consultarse Pérez Gil (1998: 363-413).

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 (2003: 84, 85) se cuestiona la admisibilidad de dicha opción: «Por un lado, parece que la respuesta debe ser negativa, pues, para iniciar 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?». Por su parte, Banacloche Palao (2008: 23 y 24 nota 22) 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)».

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 semi-públicas. 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.

Por otro lado, nos gustaría simplemente mencionar que en este tipo de procesos penales por agresión, acoso y abuso sexual podrá resultar de aplicación el artículo 680. II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite, como excepción a la regla de la publicidad de las sesiones del juicio oral, que estas se celebren a puerta cerrada «cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia».

#### 4. La conclusión del proceso penal: la ineeficacia jurídica del perdón

La progresiva eliminación de los efectos jurídicos del perdón 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<sup>27</sup>; 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 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<sup>28</sup>, dado que el artículo 130.1.5.<sup>o</sup> 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<sup>29</sup>, previsión legal expresa para que el perdón ostente virtualidad jurídica.

#### Bibliografía

- ARIAS EIBE (2001). «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», *Actualidad Penal*, n. 17, p. 343-390.
- ASÚA BATARRITA (1998). «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, p. 45-101.
- BANACLOCHE PALAO (2008). «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, p. 9-54.
- Begué Lezaun (1999). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch Barcelona.
- BOLDOVA PASAMAR (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord. Gracia Martín, Luis), 3<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

27. 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.

28. Como botón de muestra, véase Boldova Pasamar (2004: 353).

29. 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».

- CANCIO MELIÁ (1996). «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», Revista La Ley, n. 4181 de 5 de diciembre, ref. D-366, p. 1626-1633.
- DE TOLEDO y UBIETO (1996). «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995», Actualidad Penal, n. 32, p. 597-615.
- DÍEZ RIPOLLÉS (1981). *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona.
- Díez Ripollés (1985). *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona.
- FUENTES SORIANO (2001). «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en: Hurtado Pozo, José (dir.) *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, Lima-Friburgo (Suiza), p. 273-289.
- GIMENO SENDRA (2004). *Derecho Procesal Penal*. 1<sup>a</sup> ed. Madrid: Colex.
- LAMARCA PÉREZ (1996). «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», *Jueces para la Democracia*, n. 27, p. 50-61.
- MARCOS AYJÓN (1997). «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», *Tribunales de Justicia*, n. 6, p. 643-659.
- Matallín Evangelio (2000). El nuevo delito de acoso sexual, *Revista General del Derecho*, Valencia.
- MONTALBÁN HUERTAS (1998). «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», *Jueces para la Democracia*, n. 32, p. 65-70.
- MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (1999). *Comentarios al nuevo Código Penal*, en: Quintero Olivares, Gonzalo (dir.); Valle Muñiz, José Manuel (coord.). 2<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona.
- ORAÁ GONZÁLEZ (1996). «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», en *Revista La Ley*, n. 4044, de 27 de mayo, ref.<sup>a</sup> D-186, p. 1343-1350.
- OROMÍ VALL-LLOVERA (2003). *El ejercicio de la acción popular*, Marcial Pons, Madrid.
- PÉREZ GIL (1998). *La acusación popular*, Comares, Granada.
- QUERALT JIMÉNEZ (2002). *Derecho Penal español. Parte Especial*. 4<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (1997). «El delito de acoso sexual», *Poder Judicial*, 3<sup>a</sup> época, n. 46, (II), p. 287-326.